ANTONII FABRI I.C. SEBUSIANI, ... DE ERRORIBUS PRAGMAT. ET INTERPRETUM...

Antoine Favre, Giovanni Battista Coccini

Digitized by Google

BIBLIOTECA NAZIONALE VITT. EMANUELE
13
13 C
12

Digitized by Google

Digitized by Google

ANTONII FABRI IC.

SEBVSIANI, ET IN SVPREMO SABAVDIAE SENATV PRIMARII PRÆSIDIS,

DE ERRORIBVS PRAGMATICORVM ET INTERPRETVM IVRIS.

CHILIADIS PARS TERTIA.

In Decades XXV. vt priores ſingulæ, ſed breuioribus capitibus diſtincta.

Opus varium, nec illis tantùm qui in foro, ſed iis etiam, qui in ſcholis verſantur, longè vtiliſſimum, ad vera, rectáque iuris principia capeſſenda, quorum ignoratione pragmatici, vulgaréſque interpretes paſſim cæcutiunt.

BIBL. SEC. COLL. ROM. SOCIET. IESV

BIBLIOTECA ROMA

COLONIAE ALLOBROGVM,
SVMPTIBVS SAMVELIS CRISPINI.

CIↃ. IↃI. XII.

Digitized by Google

Digitized by Google

CAROLO EMANVELI
SERENISSIMO ET INVICTISSIMO SABAVDIÆ DVCI, SVBALPINORUM Principi, Antonius Faber F. P. P.

NON me puderet, Princeps Sereniſſ. iampridem Celſitudini tuæ datam velut ex recepto fidem implere tardius, ſi hoc ipſum quod nunc præſto & exhibeo poſſet ſufficere, vt iam ſaltem viderer impleuiſſe. Nam præterquàm quòd facerem imprudentiſſimè, ſi tuam expertus toties in eodem genere culpæ facilitatem, & indulgentiam, locum diffidentiæ aliquem poſthac relictum vellem: Habeo ſanè tam multas ceſſationis meæ, ſi cui fortè longior videbitur, excuſationes, (dicerem tam præclaras ſi non leuior apud me negligentiæ quàm ſuperbiæ nota videretur) vt mihi parum verendum ſit, ne iuſtus quiſquis erit ille, nec inuidus laborum meorum æſtimator, toto illo intermedio tempore quo ceſſaſſe credimur, diem vel vnum in ocio tranſegiſſe, aut ipſum etiam ſi quod fuit ocium aliter quàm in expediendis Iuriſprudentiæ negotiis conſumpſiſſe ſuſpicetur. Teſtis eſt nõ ille ſolùm Codex meus, quẽ Auguſtiſſimo Nomini tuo feliciter inſcriptum, dicatúmq; miro ferè omnium applauſu, in doctiſſimi cuiuſque manibus & oculis nunc verſari audio, gaudeóque: Sed ipſa etiam tacente me Iuriſprudentia, quæ ſub Papinianeæ nomine ſu-

periori anno edita, siue Papiniana sit, siue mea, Tam auidè à iuris nostri studiosis certè omnibus excepta est, vt plerique non modò ex tyronibus, sed etiam ex eruditioribus quos tam multos hæc ætas vbique terrarum tulit, magnum aliquid à nobis eo munere consecuti esse sibi videantur. Agnosco tamen esse quod me si non pudere, saltem dolere oporteat, Tantam à meo calamo in minùs firma valetudine diligentiam adhiberi non potuisse, vt eodem tempore, & Chiliadem absoluerem, & Iurisprudentiam inchoarem: Feciss'emque fortasse, nisi quantùm subcisiui ocij ex publicis priuatísque occupationibus quibus obruimur, suffurari licuit, tantundem nobis frequentes satis multorum consultationes ex remotis etiam prouincys ad nos concurrentium, & honorificæ quidem illæ, sed tamen plerumque importunæ flagitationes, quibus etiam satisfaciendum fuit, præripuissent. Quod æquiore animo ferrem vtique, si non maiore ex parte responsa nostra Gallico idiomate conscribi necesse esset: Aut si tanto abundaremus ocio, quãto esset opus ad ea in Latinum transferẽda, vt non minùs publicè prodesse possent, quàm priuatim iys, qui nos adire & consulere dignati sunt, hucusquè comperimus profuisse. Ita enim facere, & assequi possemus, vt Consiliorum volumen integrum iustúmque breui edendum haberemus, quod vel aliorum operum iacturam compensare in totum posset, vel eum certè quem ex iactura illa capio, dolorem minuere. Quàm verò sæpe, Deus bone! mihi contigit, eorum sortem & condicionem beatam primùm prædicare, mox inuidere, quibus datum est vt vel iuris publicè & ex cathedra docendi, vel in amplissima aliqua ciuitate de iure respondendi peritiam profiteantur. Quibus cùm alia multa præclarè, ac feliciter obueniunt, Tum verò illud vnum felicissimè, vt ego quidem existimo, quod ijsdem sudoribus & vigilys assequuntur, non solùm vt quantumlibet vastam auidámque crumenam expleant, quod parum certè curandum esset ei quem ad hunc vsque diem fecerit

Nil, nisi spretus opum numerosa in prole beatum.

Sed, quod vtrumque longè maius quiddam est, vt & publico muneri satis-

Digitized by Google

ſatisfeciſſe,& hoc ipſo,quamquam aliud agentes,aut Lecturarum, vt loquuntur, aut Conſiliorum Tomos integros & quamplurimos dictaſſe inueniantur. At mihi,quamuis non prorſus infeliciter, in contrarium tamen ſic res ceſſit, vt quotidiana illa mea practicarum exercitationum impedimenta veriùs quàm ſtudia, non minùs aliena ſint ab iis quæ nos docenda ſcribendáque ſuſcepimus,imò forſitan alieniora quàm ſi ad artem medicam,vel ad Mathematicas tractandas pertinerent. Quò magis ſperare debeo fore non tantùm vt ſe mihi æquiores iudices præbeant q omnes quibus hæc ſcripta noſtra & tardiora forſitan alioquin, & leuiora viderentur, ſed vt etiam Celſitudinis tuæ humanitatem tantò benigniorem & propenſiorem experiar. Cuius nimirum commodo aliqua ex parte cedit,ſi non ,, ibi planè blandior,quicquid nobis propemodum inuitis ex inſatiabili & indefatigabili qua premimur ſcribendi auiditate ſubtrahitur, vt & expediendis litibus, & publicis negotiis tractandis conficiendiſq; impendatur. Non enim alius mihi aut ſuauior aut precioſior laborum meorum quicumque tandem illi ſint,fructus conſtare poſſit quàm ſi dabitur mihi ſic viuere vt liceat tandem gloriari in Domino, Nihil me intentatum reliquiſſe quod ad reipublicæ & literariæ & ciuilis amplificandæ commoda ſpectare potuerit, Nihil prætermiſiſſe quod ad exequenda potiſſimùm imperia tua, Princeps Sereniſſ. & ad tuas, tuorúmque ſubditorum vtilitates adiuuandas conferri abs me debuerit. Hinc nimirum tanta nunc mihi támque audax fiducia, vt nec pudeat iam, nec ferè doleat pro Chiliade, quam ſaltem pleno decennio abſolutam eſſe decuerat, tertiam duntaxat totius operis partem ad Celſitudinis tuæ pedes adferre, Prioribus quidem ſingulis breuiorem & anguſtiorem, vt eorum quibus cæterarum capita longiora videbantur impatientiæ potiùs quàm ignauiæ noſtræ blandiremur,ſed tamen, ſi quid video, & quæſtionum elegantia,& diſputandi ſubtilitate non inferiorem, Tantóque plauſibiliorem futuram quantò expectata diutiùs, ſpem præſefert certiorem fore quàm primùm, vt abſoluta tandem Chilias exhibea-

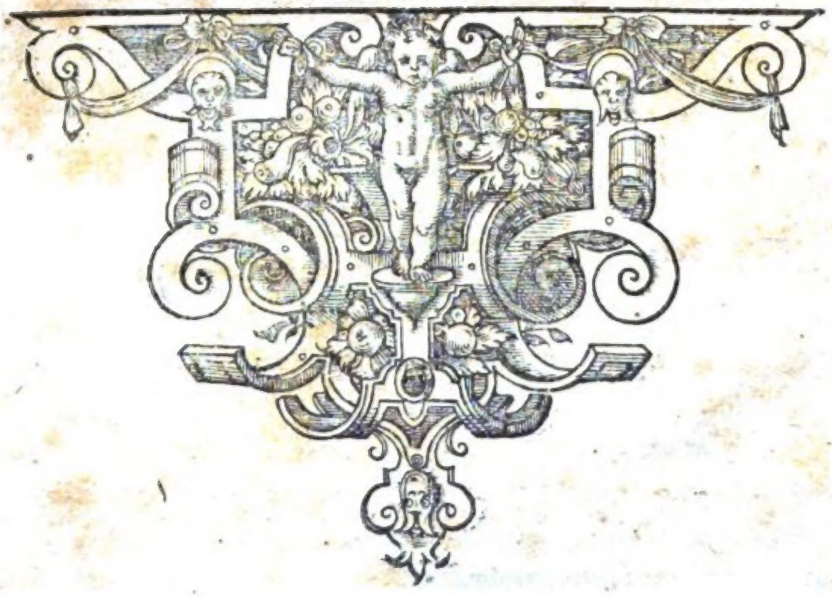
tur, si modò neque longiorem vitam denegabit mihi Deus Opt. Max. neque te Princeps Sereniß. eo quo cœpisti iamprídem fauore conatus nostros in posterũ prosequi pœnitebit. Quod vt facias peto, vt facturus sis non dubito, vt denique facienti tibi, gratias pro merefert Iurisprudentia vberiores quàm posßim ego vel nudis verbis exequi, & ipsa etiam si qua me in manibus habitura est posteritas, inutilibus fortasse, sed tamen honestis perpetuísque votis, exopto.

Bene vale Princeps Sereniß. & Reipub. Christianæ tuísque omnibus quàm diutißimè felix viue:

Ex Necio Allobrogum 15.

Cal. Sextil. 1608.

* *
*



Digitized by Google

INDEX CAPITVM SEV ERRORVM.

Prior numerus Errorem, posterior verò paginam huius editionis demonstrat.

DECADIS LI.

De actione quam vocant ex remedio l. diffamari 5. C. de ingen. manum. Error pag. 1.
I.
De interpretatione verborum dict. l. diffamari. II. 5
De sententia l. si ea 7. C. qui accus. non poss. & l. ob commissa 21. in fin. C. ad l. Iul. de adult. & rursum de l. diffamari C. de ingen. manum. III. 10
De captatoria institutione. IV.
De voluntatibus in alienum arbitrium collatis in quo à captatoriis differant & in quo conueniant ad l. Clemens 81. & §. 1. D. de hered. instit. V. 13
De institutione sic facta, si Titius heredem me instituet, Titius mihi heres esto: ad l. 11. in fin. D. de his quæ pro non script. habent. VI. 14
De sententia §. 1. l. illa autem & l. hoc articulo 29. de hered. instit. VII. 15
De formulis Exemplorũ positorũ in d. l. illa autem §. 1. l. Clemens 81. §. 1. l. hoc articulo 39. D. de hered. instit. VIII. 18
De Triboniani manu agnita in d. l. hoc articulo. IX. 20
De sententia l. si plures 6. C. de codic. infer. X. 21

DECADIS LII.

De fideicommissis captatoriis. I. 23
De legatis captatoriis ad l. captatoria 64. de leg. I. II. 25
De formulis legatorum & fideicommissorum captatoriorum. III. 26
De testamento coniugum simul testantium. IV. 28
De testamento coniugum per superstitem post alterius mortem reuocato. V. 31
Si vnus ex coniugibus simul testatis mutauerit voluntatem altero adhuc viuo sed ignorante. VI. 33
Si marito de vxoris bonis testanti vxor consenserit, aut contrà & ad l. vlti. C. de pact. VII. 35
De sententia & ratione §. venditionis l. sicut 8. D. quib. modis pign. vel hypoth. solu. VIII. 39
De eo qui rem suam legari permisit ac postea mutauit voluntatem. IX. 40
De testatore qui præsente ac consentiente domino legauit rem alienam: vtrum & ad quid heres ipsius teneatur. X. 42

DECADIS LIII.

De fideicommisso relicto ei, quem ex pluribus diuersorum graduum personis heres elegerit. I. 43

Digitized by Google

INDEX ERRORVM

De sententia & ratione l.heredes mei 57.§.vlt.D.ad SC.Trebell. II. 46
De sensu articuli disiunctiuus positi inter plures gradus fideicommissi ad l.cum pater 77.§.penult.de legat.2. III. 48
Quantum interfit an testator electionem in fideicommisso dederit, an præscripserit gradus fideicommissi, cùm grauatus vult eligere remotiorem. IV. 50
Si ex pluribus qui eligi potuerunt, nemo electus sit, An omnes fideicommissum petere possint, & quo iure. V. 52
De sententia & ratione l.vnum ex familia 67.§.rogo de leg.2. VI. 54
De pluribus ob nullam electionem factam ad fideicommissum admittendis. An simul, an ex ordine. Et ad Nouell.1.§. exheredatos de hered & falcid. VII. 56
De persona præterita quæ habetur pro exheredata, an possit fideicommissum petere inter cæteros qui sunt ex familia. VIII. 59
Si testator eum quem à bonis suis omnibus excluserat, postea eligi permiserit. IX. 61
De non admittendo ad fideicommissum inter cæteros proximiore qui etiam ante cæteros eligi potuisset distinctis à testatore gradibus fideicommissi. X. 65

DECADIS LIV.

De sententia & lectione §.cum quidam 24.& l.cum pater 77.§.rogo 15.de legat.2. I. 70
Quid interfit an electio data sit his verbis, quibus voles, an illis, his quos dignos putaueris. II. 74
De insciua Triboniani in d.l.cùm quidam & de Marcelli sententia ibidem relata. III. 76
De emendatione d.l.cum quidam. IV. 81
De sententia l.si quis Titio 17.§.1.de legat.2. V. 82
De Scæuolæ ad Marcellum nota in d.l.cùm quidam, 24.de legat.2. VI. 86
De fideicommisso familiæ relicto ad §.in fideicommisso l.omnia 32. alias l. cùm ita de leg.2. VII. 88
De nomine familiæ an per se inducat multiplicationem fideicommissorum. VIII. 90
De fideicommisso graduali & reciproco quod ex familiæ nomine interpretes inducunt. IX. 92
De sententia l.vlt.C.de verborum sign.& l.peto 69.§.fratre de legat.2. X. 94

DECADIS LV.

De repræsentationis iure in hereditatibus ab intestato, siue ascẽdentium siue transuersalium. I. 98
De differentia paterni aui & materni cùm de repræsentatione agitur ad §. cùm filius inst.de hered.quæ ab intest.defert & ad l.3.C.vnd legit. II. 100
De repræsentationis iure in fideicõmissis. Ad l.heredes mei 57.§.cùm ita.D.ad SC. Treb.& ad l.cùm pater 77.§.hereditatem filius de legat.2. III. 102
De repræsentatione in fideicommisso relicto pluribus sub nomine collectiuo. IV. 105
De repræsentatione quæ habet adiunctam transmissionem. V. 108
De coniecturis quæ in fideicommissis ius repræsentationis impedire creduntur. VI. 110
Circa easdem coniecturas continuata tractatio. VII. 114
De proximitate gradus spectanda inter plures gradatim vocatos, siue ex testamento, siue ab intest.to. VIII. 115
Si testator plures substituerit sub nomine collectiuo salua gradus prærogatiua, aut si proximiores.

Digitized by Google

INDEX ERRORVM.

proximiores. IX. 117

Si testator substituerit proximiores ad quos de iure debet hereditas peruenire. Aut si addiderit vt in stirpes non in capita succedatur. X. 119

DECADIS LVI.

De mittendo victore in possessionem bonorum condemnati in executionem rei iudicatæ. I. 123

De sententia l. 1. & 3. C. si in caus. iudic. pign. cap. sit l. ordo 3. C. de exec. rei iudic. II. 125

De pignorum addictione, & adiudicatione, ex iuris veteris ratione. III. 127

De duplici pignorum addictione. IV. 129

De differentia addictionis pignorum & dationis in solutum. V. 131

De potestate addictionis pignorum ex iure nouo. VI. 132

De impetratione iuris dominij. VII. 135

De differentia pignoris iudicialis & prætorij, maximè circa addictionem. Ad l. si & iure 10. ff. qui potior in pignor. hab. VIII. 137

De prætorio pignore constituto in executione iudicati. IX. 139

De differentia pignoris prætorij & iudicialis ad l. 2. C. de prætor. pignor. X. 141

DECADIS LVII.

De possessione bonorum omnium debitoris acquisita per clausulam constituti. I. 144

De clausula constituti posita in speciali conuentione pignoris postmodum à debitore alienati. II. 146

De iure offerendi aduersus creditorem agentem condictione ex l. vlt. C. de acquir. poss. III. 147

De exceptione non factæ excussionis, oppositæ creditori condicenti possessionem ex l. vlt. C. de acquir. poss. IV. 149

De admittenda exceptione non factæ excussionis non tantùm contra agentem ex l. vlt. C. de acq. poss. sed etiam contra Saluianum interdictum. V. 151

De condictione pignoris ex l. vlt. C. de acquir. poss. post. extinctam longi temporis præscriptionem hypothecariam. VI. 153

De non separanda possessione rei pignoratæ à iure pignoris post præscriptam hypothecariam. VII. 156

De pacto executiuo iuncto cum clausula constituti. VIII. 157

De potestate pacti personalis in rei propriæ venditione adhibiti, etiam contra tertium possessorem. IX. 160

De potestate pacti executiui, siue contra ipsum debitorem agatur, siue contra tertium possessorem. X. 163

DECADIS LVIII.

De Saluiano interdicto contra extraneum possessorem, & quod vi aut clam. I. 164

De interdicto, Quod vi aut clam contra tertium dando, & de formula interdicti Saluiani. II. 166

De interdicto De migrando, & quid probandum habeat, qui aut illo interdicto, aut Saluiano experitur. III. 169

De possessione debitoris quam interpretes probari volunt in Saluiano interdicto. IV. 171

De differentia interdictorum adipiscendæ possessionis & petitorij etiam quo ad possessionem. V. 172

De sententia & lectione l. 1. §. 1. D. de Salvian. interd. VI. 173

De sententia & ratione l. si debitor 10. ff. de pignor. VII. 174

De emendanda Iuliani sententia in d.l.1.§.1. VIII. 173
De differentia Seruiana actionis & Saluiani interdicti, itemque directa vindicationis, si plures de eadem re in solidum agere velint. IX. 175
De ratione cur directa vindicatio à pluribus in solidum proposita propius accedat ad Saluianum, quàm ad Seruianam. X. 276

DECADIS LIX.

De Saluiano inter locatores ipsos reddendo. I. 178
De Seruiana inter plures locatores danda. II. 181
De variis interpretationibus l. vlt. D. de Salusian. interd. III. 182
De pluribus locatoribus habentibus obligatas res coloni pro partibus, sed ab altero tantùm possessas. IIII. 185
Cur non competat, directa Seruiana cùm conuenit vt res coloni pluribus obligatæ sint pro partibus. V. 186
De vera sententia d.l vlt. & l.1.§. vlt. de Salusian. interd. VI. 187
De postrema parte §. vlt. l.1 ff. de Salusian. interd. VII. 189
De vtili Saluiano in specie l.1. in princ. ff. de Salusian. interd. VIII. 190
De sententia & ratione d.l.1. in princ. ff. de Salusian. interd. IX. 191
Cur de partu pignoris obligato apud emptorem concepto & ad venditorem reuerso non detur directum Saluianum contra emptorem. X. 193

DECADIS LX.

De partu ex ancilla pignorata & vendita, edito apud emptorem. I. 195
Si partus apud emptorem editus redhibitus sit cum matre pignorata. II. 197
De differentia retinendi ionis & redhibitionis quod ad partum ex ancilla pignorata editum. III. 198
De sententia & emendatione l. si conuenerit 18. §. si fundus ff. de pignor. act. IV. 199
De Saluiano vtili etiã alij quàm locatori dando. Ad l.1 C. de Salusian. interd. V. 201
De interdicto quasi Saluiano. VI. 204
De Saluiano dando in res coloni nulla conuentione expressa obligatas. VII. 206
De sententia l. certis 5. C. de locat. l. potior. 11. §. si colonus ff. qui potior. in pignor. hab. VIII. 206
De ratione differentiæ inter vrbana prædia & rustica in iure tacitæ hypoth. IX. 209
De sententia l. vlt. C. in quibus causis pign. vel hypoth tacit. contr. X. 211

DECADIS LXI.

De Saluiano vtili dando pro rebus inquilini illatis in prædium vrbanum. I. 213
Cur Saluianum directum non detur locatori pro rebus inquilini illatis & expressim obligatis. II. 216
De interdicto vtili De migrando quod dant interpretes etiam colono. III. 217
De vtili Seruiana cõtra inquilinũ, aut cõtra extraneũ de rebus inquilini. IV. 219
De Saluiano pro fructibus perceptis ex prædio rustico. Et ad l. si seruus 61. §. locauit. ff. de furt. & ad. l. penult. ff. in quibus caus. pign. V. 220
De sententia l. pen ff. in quib. caus. pign. tac. contr. VI. 222
Cur facilius fiat furtum à colono in fructibus prædij rustici quàm ab inquilino in rebus illatis. VII. 223
De fructibus prædij rustici tantùm obligatis, & an pro ijs dandum sit Saluianum aut Seruiana locatori. VIII. 225
De re empta ex precio fructuum in prædio rustico perceptorum. IX. 226
De actione in subsidium quam dant interpretes in specie l. 1. in fin. ff. de distract. pignor. X. 230

DECADIS

INDEX ERRORVM.

DECADIS LXII.

De sententia & conciliatione l.creditor 12. §. Papinianus alias l. si prior. ff. qui potior in pign.hab. & l.11.de distract pignor. I. 232

De creditore posteriore qui pignus aly ante obligatum nullo iure vendidit. II. 235

De creditore anteriore pignus vendente pro debito posteriore. III. 236.

De ratione differentiæ inter species à Papiniano tractatas in d.§.Papinianus & in d.l. & ad l.fideiussor 32.ff.de negot.gest. IV. 238

Quantum interfit an creditor suo iure an nullo vendiderit, & cur durior conditio sit eius qui suo iure vendidit quàm eius qui nullo. V. 240

De actione quam dant interpretes secundo creditori contra primum in specie d. l. creditor 12.§.Papinianus. alias l.si prior.ff.qui potior in pign.habeant. VI. 242

De conditione ex lege & actione in factum in specie l. creditor 12.§.Papinianus. alias l. si prior.ff. qui potior. in pign.hab. & ad l.1. ff. de condict.ex leg. VII. 244

De sententia l.2.ff.de pignor.& de pignoratitia etiam inter alios quàm inter debitorem & creditorem danda. VIII. 245

De cumulatione hypoth. actionis cum Saluiano, aut alio interdicto adipiscendæ possessionis. IX. 247

Quantũ distet hypothecaria à Saluiano etiam in adipiscenda possessione. X. 248

DECADIS LXIII.

De prolatione dominij quæ requiritur in actione hypothecaria. I. 251

De faciendis debitoris denunciationibus. Ad l.debitores 10.C.de pignor.& l. creditor 4.C.de distr.pignor. II. 253

De debitore conuento hypothecaria referente dominij quæstionẽ creditori. III. 255

Qualis dominij probatio necessaria sit creditoris agenti hypothecaria. IV. 257

Si debitor sit dominus rei obligatæ iure Quiritium, nec tamen habeat eam in bonis. Et ad l.vnic.C.de nud.iur.Quirit.tollend. V. 258

De sententia & ratione l.si ab eo 18.ff.de pignor.& l.eam in bonis 51.ff.de adquir. rer.dom. VI. 259

De ratione & sententia l.si inter 2.§.1.ff.de pignor. VII. 262

De oppignoratione prædij vectigalis vel emphyteuticary vel superficiarij. VIII. 264

De differentia fundi vectigalis & superficiarij, & actionis quæ de fundo vectigali & eius quæ de superficie datur. IX. 266

Si superficiarius qui ad modicum tempus conduxerat, pignus constitutum sit, aut à vectigalis fundi possessore ad tempus rem habente. X. 269

DECADIS LXIV.

De publiciana quæ pro fundi vectigalibus & superficiarijs competit. I. 271

De priuilegio fundorum vectigalium in causa vsucapionis. II. 274

De ratione quæ eam edit vsucapionem fundi superficiarij, et de publiciana quæ eius nomine datur. III. 275

De sententia & emendatione l.1.§.quia autem.ff.de superfic. IV. 276

De quasi vsufructu per superficiarium constituto, & de traditione ab eo facta vel donatione, vel legato. V. 278

De seruitutibus à superficiario constitutis, & ad §.vlt.d.l.1.ff.de superfic. VI. 279

De superficiario alium faciente superficiarium. VII. 281

Si superficiarius qui ad longum tempus conduxit malit agere interdicto. VIII. 283

Vtrum superficiarius agens probare debeat causam iustam suæ possessionis. IX. 284

De causæ cognitione aliter atque aliter adhibenda in actione & in interdicto De superficiebus. X. 286

INDEX ERRORVM.

DECADIS LXV.

De vsufructu constituto in fundo vectigali, vel superficiario, vel fructuario. I. 287
De sententia & emendatione l. 1. D. quibus mod. vsusfr. amit. II. 289
De actione in rem qua de fundo vectigali datur, quod non sit pratoria. III. 292
De differentia vectigalis agri & emphyteuticarij. IV. 293
De ratione et necessitate interdicti De superficiebus, & an accommodari possit emphyteuta & feudatario. V. 296
De sententia l. 1. §. item videamus & l. 3. §. sed si suprà Dotti possid. VI. 297
De Accursii & Bartoli traditionibus ad d. §. sed si suprà, & ad d. l. 1. §. quia autem D. de superfic. VII. 298
De sententia & ratione l. epistolam 75. §. mulier D. ad SC. Trebell. VIII. 299
De emendatione & sententia l. si heres institutus 70. ff. ad SC. Trebell. IX. 305
De sententia l. pen. §. 1. C. ad SC. Trebell. & l. 1. §. de illo quaritur ff. eod. X. 309

DECADIS LXVI.

De legatariis testibus adhibitis in testamento nuncupatiuo. I. 315
De sententia l. qui testamento 20. ff. qui testa. facere possunt, & §. sed neque instit. de testam. ordin. II. 319
De legatario qui hodie testis adhibitus sit in testamento in scriptis. III. 321
De substituto vulgari adhibito teste in testamento in scriptis, & de rationibus quae adferuntur pro legatario vt testis esse possit. IV. 324
De sententia l. si quis ita 14. ff. de reb. dub. & de differentia legatarij, substituti vulgaris & fideicommissarij vniuersalis. V. 325
De testamentario executore adhibito teste in testamento. VI. 327
De executore qui sit etiam legatarius, aut qui executoris onus in eodem testamento agnouerit. Et cui similior sit executor simplex an tutori an legatario. VII. 330
De muliere executrice testamentaria. Ad l. à filio 23. de alim. leg. l. pen. §. matri de adim. legat. VIII. 333
De similitudine executorum testamentariorum cum tutoribus, & de Bartoli distinctione ad l. fœmina, de reg. iuris. IX. 335
De muliere quae facta executrix testamentaria conuolauit ad secunda vota. X. 337

DECADIS LXVII.

De testamento nuncupatiuo probato per solam notarij scripturam publicam. I. 339
De nuncupatione facta per notarium aut alium quàm testatorem. II. 343
De testamento in scriptis signato à testibus ante recognita signa defunctis. III. 345
Si aliquis ex signatoribus dubitet in sigillo recognoscendo, & de nostrorum traditionibus ad l. 1. & 2. C. testam. quemadm. aper. IV. 347
Si obsignatores ignorante vel iam mortuo testatore decesserint & ad l. vlt. C. de edict. Diui Hadr. tollend. V. 349
De testamento quod per duos testes probatur factum fuisse coram septem testibus. VI. 350
De sententia l. vlt. C. de fideic. & §. vlt. inst. de fideic. hered. VII. 353
De emendatione d. §. vlt. instit. de fideic. hered. VIII. 356
De differentia fideicommissi, & alterius cuiuslibet vltimae voluntatis. & ad l. si veritas 23. C. de fideic. IX. 358
Quid nouum induxerit Iustinianus in l. vlt. C. de fideic. X. 360

DECADIS LXVIII.

De reuocatione testamenti in scriptis per posterius nuncupatiuum. Ad l. nolumus 20. C. de testam. I. 362
De facienda mentione prioris testamenti quod reuocatur per posterius minus solemne.

Digitized by Google

INDEX ERRORVM.

lemne. I I. 366

e Pertinacis oratione de qua in §. pen & vlt. inst. quibus mod. test. infirm. Ad l. cum heredes 7 C. qui testam. fac. poss. l. non dubium 16. C. de testam. III. 368

e emendatione §. vlt. inst. quibus modis testam infirm. I V. 372

uid nouis ad Pertinacis orationem additum sit per l. nolumus 20. C. de testam. V. 374

uantum interst an testamentum nuncupatiuum in quo Princeps nominatus est faci t iniuria n heredi scripto in alio priore testamento. An successori legitimo. I I. 376

id nouis pro legitimis successoribus constitutum sit in d. l. nolumus. V I I. 380

r d. legitimis heredibus locuti sint Impp. in d. l. nolumus. V I I I. 382

testamento nuncupatiuo per instrumentum probato in specie d. l. nolumus. I X. 85

posteriore testamento nuncupatiuo prioris sollennit r in scriptis conditi reuoca orto, in quo aliquid Principi vel potentiori legatum sit, & quid si ipsa causa fue it in eo constituta. X. 387

DECADIS LXIX.

testamento facto ad interrogationem notarij, aut alterius. I. 390

notarius ad cuius interrogationem factum est testa entum rogatus sit a testatore ut si testator ipse testamentum dictauerit. I I. 394

testamento condito per relationem ad aliam scripturam. I I I. 396

differentia testamentum scriptis & nuncupatiui cum agitur de testamento facto per relationem ad aliud. I V. 398

testatore qui certum testandi genus elegit, an ad aliud se adstrinxerit. V. 400

testamentorum in scriptis & nuncupatiui compatibilitate. V I. 402

potestate clausula codicillaris in fauorem legitimi heredis, & cur minus possit clausula omni meliori modo, vt testamentum ex scripto fiat nuncupatiuum. V I I. 104

clausula omni meliori modo, an suppleat omnes defectus sollennitatis, & incapacitatem testantis. V I I I. 406

codicilli facti per nuncupationem. I X. 407

quo potentior sit clausula Omni meliori modo, quam in codicillaris, aut in quo infirmior. X. 408

DECADIS LXX.

negligentia heredis rogati restituere hereditatem. Ad l. mulier 22. §. sed enim s. ad SC. Trebell. I. 411

emendatione vers. quod si sine l. §. sed enim, & de sumptibus factis ab herede d conseruandas res hereditarias ad l. vbi purè 19. §. vlt. ad C Trebell I I. 413

actione subsidiaria, quam dant interpretes contra debitores hereditarios liberatos tempore ex negligentia heredis ad l. si heres instituius 7 5. §. vlt. eod. tit. ad Trebell. I I I. 416

sententia & ratione l. vlt. in princ. ff de eo per quem fact. erit. I V. 419

actione rerum amotarum quam dat Vlp. in d. l. vlt de eo per quem fact. erit. Et ad l. arbitrio 18 §. dolo cui. ff de dol. V. 423

stipulatione interposita iudicio sistendi causa: & cur non perpetuet actionem temporalem. V I. 427

sententia & ratione l. plane si filium 94. §. I. de leg. I. & de alienatione rerum decommissarium in effecto iure ceteri. V I I. 433

INDEX ERRORVM.

De sententia & lectione l.si alienus 62.de legat.2.l.vlt.in princ. de legat.3. & l. 2.ff instit.act. VIII. 437

De differentia hereditatis cessa in iure, & eius, quæ restituta sit ex Trebelliano. IX. 439

Si hereditas iam adita in iure cessa sit, An & in quo differat ab hereditate ex SC. Trebell.restituta. Ad Vlpian.tit.19. & in l.1.ff.ad SC.Trebell. X. 443

DECADIS LXXI.

De clausula codicillari apposita in posteriore testamento inutili. I. 451

De clausula codicillari quam interpretes commiscuntur in specie l. quærebatur 19.C.de testam.milit. II. 454

De ratione quam interpretes adferunt ad l.si quis priore 29.ff.ad SC.Trebell. III. 458

De pluribus testamentis à milite factis. Ad d.l.quærebatur & l.militis 36.§.1. eod. IV. 444

Si miles in vnoquoque testamento de bonis suis omnibus disposuerit.V. 449

De sententia & ratione l.militis 36.§.vlt.ff.de testa.milit. VI. 450

De sententia & emendatione l. centurio 27.ff.eod.tit.de testam.milit. VII. 453

De ratione dict l.centurio, & de Baldi ad eam interpretatione. VIII. 456

De iure adcrescendi in hereditate ex testamento militis. IX. 458

De sententia & emendatione l.1.C.de testam.milit. X. 463

DECADIS LXXII.

De sententia & lectione l.filius 42.§.1.ff.de bon.libert. I. 470

De legitima hereditate militis liberti pro qua parte decessit intestatus, & an competat bonorum possessio vnde legitimi. II. 472

Quo iure succedatur in centuo militi pro qua parte decessit intestatus. III. 475

De Papiniani sententia in versic.Titius igitur d.§.1.l.filius 42.de bon.libert. IV. 477

De sententia variisque interpretationibus l.2.C.de testam.milit. V. 481

Quantum interesset an ex fundo, aut per quotam, facta sit institutio à milite, an à pagano. Ad l.3.C.eod de test.milit. VI. 487

De reciproca substitutione per militem facta, ad l.in testamento 6.C.eod. tit. de testam.milit. VII. 492

De testamentaria successione militis condemnati ex vetere & nouo iure. VIII. 497

De militis condemnati & intestati legitima successione ac primùm in bonis castrensibus. IX. 501

De legitima successione militis condemnati in bonis paganicis & de emendatione l.& militibus 13.C.de testam.milit. X. 504

DECADIS LXXIII.

De sententia Auth.sed hodie.C.de donation.int.vir.& vxor. I. 508

De rationibus, quas nostri adferunt vt capite damnatis denegent factionem testamenti. II. 510

Cur damnati vltimo supplicio non habeãt heredem ex testamento adeóque nec ab intestato. III. 515

De sententia auth.bona damnatorum C.de bon.proscript. IV. 516

De transuersalium iure in bonis damnatorum. V. 518

De lectione & sententia Nouell.17.de mandat.Princip.cap.12.§.oportet autem, & de differentia descendentium, ascendentium, & transuersalium in Auth. bona damnatorum.C.de bon.proscript. VI. 521

De con-

INDEX ERRORVM.

De condemnatis ad mortem ex statuto quo nihil cautum sit de confiscatione bonorum. VII. 523

De statutis habendis pro legibus priuatorum iudiciorum, & in quo distinguenda sint hac parte iudicia publica à priuatis, & extraordinariis. VIII. 526

De statuto expressim confiscante bona condemnati. Et de statutorum interpretatione ac potestate. IX. 528

De portione quam in bonis condemnati leges veteres liberis reseruabant. X. 531

DECADIS LXXIV.

De sententia l.cum ratio 7.§.si plures ff.de bon.damnat.& l.quando quis 10.C.de bon.proscript. I. 535

De priuilegio masculorum inter liberos Decurionis condemnati. Ad posteriorẽ partem d.l.quando quis 10. Et ad l.si deportatus 8.C.de bon.proscript. II. 537

De casibus in quibus vniuersa bona condemnati relinquuntur liberis ad d.§.si plures l.cum ratio 7.ff.de bon.damnat. III. 540

De corrupta lectione & emendatione d.§.si plures. IV. 543

De portione legitimaria quam interpretes dant liberis eius cuius bona per statutũ simpliciter confiscata sunt,& an sit debita iure naturali V. 545

De differentia portionis quae debetur liberis,& eius quae debetur patrono in bonis liberti condemnati.Et de priuilegio suorum heredum hac in re. VI. 548

De legitima sublata per statutum ex quo irrogata sit patri simpliciter confiscatio bonorum. VII. 550

De fidecommisso quod adscriptum est seruo deportati ad l.si deportati 7. in princip.de legat.3. VIII. 554

De sententia & vera ratione d.l.si deportati 7.de legat.3. IX. 559

De militaribus codicillis. Ad l.militis 36.in princip.ff.de testam.milit. X. 563

DECADIS LXXV.

De constituto possessorio rei absentis. I. 576

De amissione possessionis & eius adprehensione sine tactu. II. 576

De sententia & ratione l.hac si res praesens 47.& l.si preced.ff.de rei vindicat. III. 578

De Accursii & Cuiacij interpretationibus ad d.l.hac si res. IV. 580

De casibus in quibus sine traditione naturali etiam absentis rei proprietas & possessio acquiritur. V. 581

De distinctione quae adhibenda est,cum quaeritur,an praesentia rei necessaria sit ad transferendam possessionem? VI. 584

De eo qui cœpit animo possidere. Ad l.certi condictio 9.§.vlt.ff.de reb.credit.& ad l.interdum 21.l.quarundam 51.ff.de acquir.poss. VII. 586

De sententia l.interdum 21.& l.quarundam 51.ff.de acquir.possess. VIII. 589

De praesentia rei pro traditione,ad l.1.§.si iusserim & l.quod meo 18.§.si venditorem ff.de acq.possess. IX. 581

De sententia l.quadam mulier 77.ff.de rei vindic.Et de differentia venditionis & donationis. Ad l. absenti 10.l.ex hac scriptura 16.ff.de donat. X. 593

Finis tabulæ.

Digitized by Google

ANTONII FABRI I. C. SEBVSIANI SENATORIS SABAVDIENSIS, ET IN GEBENNENSIS DVCATVS AVDITORIO PRAESIDIS CHILIADIS DE ERROR. PRAGMAT. ET INTERPR. IVR. PARS TERTIA.

DECAS LI.

ERROR PRIMVS.

De actione quam vocant ex remedio l. diffamari 5. C. de ingen. manum.

VT frequentissima in foro, ita pragmaticis omnibus etiam imperitioribus notissima est actio, quam non tamen pragmaticorum, sed interpretum error inuexit, Ex remedio, vt vocant, *legis Diffamari*, quæ est *l. 5. C. de ingen. manum.* Aduersus eos demum comparata, qui alium quouis modo infamant, siue ciuiliter, iactando se aliquam habere actionem, vel de statu vel de bonis, vel personalem vel hypothecariam, siue criminaliter minitando accusationem, in qua tamen instituenda cunctentur. Sic enim Accurs. *ad d. l. diffamari*, vbi etiam Bald. *& in l. vnic. C. vt nem. inuit. ager. vel accus. cogat.* Bart. *ad l. Titia D. de accusat.* & alij passim quos refert & sequitur Boer. *quæst. 255. num. 7. & seqq.* Ac quamquam non est qui neget huic actionis generi repugnare iuris rationem, quæ non patitur vt quis inuitus agere vel accusare cogatur *d. l. vnic. & l. vlt. C. de vsur. pupill. l. creditor 20. C. de pign. or.* facit tamen ea ratio vt actionem hanc mirabilem esse fateãtur, potiùs quàm vt velint admittere nullam esse, Non solùm quia opinionẽ hãc ex aliquot iuris nostri locis probari crediderunt, sed etiam quòd videatur hæc actio magnæ esse vtilitatis ad lites pleráque finiendas priùs etiam, quàm fuerint institutæ. Hu-

ius enim effectus ille est, vt iactatori agere nolenti non tantùm iactandi licẽtia in posterum aufferatur, verùm etiam silentium perpetuum imponatur, ne vnquam possit eam actionem instituere, quam vltrò conuentus & interpellatus per iudicem vt institueret recusauit, nec si contumaciæ suæ expensas refundere paratus sit, nisi ea expensarum refusio fiat vel offeratur ante sententiam diffinitiuam. Nam nec dubitant quin sententia huiusmodi diffinitiua sit, non minùs quam si actor post actionem sponte dictatam ideò summotus esset, quòd suam intentionem plenè non probasset *l. qui accusare 4. C. de edend. l. vltim. C. de rei vindicat.* Diffinitiua enim est omnis sententia postquam alia nulla speratur, & quæ propositum negotium diffinit, licet neque absolutionem contineat, neque condemnationem: ita vt ab ea necesse sit appellari si velit actor admitti ad agendum, Vnde illud etiam est quod omnes consentiunt non sufficere vnicam citationem & contumaciam vt ad hanc sententiam perueniatur, sed ad minus duas requiri, vel tres. Nonnulli etiam quatuor vt Boer. *dict. quæst. 255. num. 12.* ex ritu Gallico, sicut & quoties diffinitiua sententia ferenda est aduersus contumacem. Hoc etiam obseruato, quod nominatim docet Bald. *ad l. sed etsi 26. §. aut prætor D. ex quib. caus. maior. ex d. l. Titia*, vt caueat iudex ne breuiorem diem ad agendum præfiniat, aut ne citra causæ cognitionem, Alioqui ab eo decreto poterit appellari, inquit Bart. *ad d. l. Titia ante fin.* Neque verò in hoc nostri conquiescunt, sed vt solent audaciores esse in ijs quę ex æquitate aliqua etiam contra iuris rationẽ vel constituta vel constituenda putant, per interpretationem producendis, & ampliandis, non desunt qui putent adiuuandum esse hoc remedium, illa vt loquuntur, cautela, vt quoniam causæ cognitio quam præcedere necesse est in eo versatur an iactatio & diffamatio aliqua præcesserit, quam probari plerunque difficile est, curet is qui sibi suisque futuram litem, & cõtrouersiam timet vt per interpositas personas faciat se diffamari. Sic enim assequetur vt ex ciusmodi diffamatione possit fundari iudicium, subindéque poterit facere citari cæteros de quibus suspicatur, prætendentes ius in bonis suis. Verba sunt Boerij *dict. quæst. 255. num. 6. post Cepoll. cautel. 239.* incip. *Si possideo* ex Bal. *in Auth. sed etsi quis ab aliquo col. 2. versic. sed hic dubitatur de tali quæstione C. de testib.* & ibid. Salicet. *in 2. quæst. ex Auth. si omnes C. si minor se ab hered. abstin.* Textus autem quibus nostri mouentur in hanc sententiam, hi tantùm sunt, *dict. l. diffamari*, in qua hoc ipsum diserte scriptum creditur, *l. si ea 7. C. qui accus. non poss. l. 3. §. si ad diem de re milit. l. ob commissa 21. in fin. C. ad leg. Iul. de adult.* Ne tamen quod legibus cautum esse putant, ratione prorsus carere fatcantur, Addunt rationis loco, Eum qui alium infamat siue ciuiliter siue criminaliter, hoc ipso prouocare aduersarium, vt proinde nec mirum sit causam introduci à reo priùs quàm ab actore, contra regulam iuris aliam de qua in *l. purè 5. §. vlt. D. de doli mal. except.* cùm reus diffamatus prior ad causam prouocatus intelligatur: quomodo ratiocinatur Bald. ad *d. l. diffamari nu. 9. in fin.* Ita cludens quod iam diximus & obiecimus, Inuitum neminem cogendum esse vt agat vel accuset. Id enim ita verum est, inquit ille, Nisi se quis ad agendum adstrinxerit, vel expressè vel tacitè: Qui autem diffamat, adstringit se tacitè ad agendum, tanquam qui hoc ipso aduersarium prouocet ad iudicium. Atque hæc quidem summa est eorum ferè omnium quæ de hoc genere actionis ab interpretibus nostris traduntur. Quæ tamen quàm sint leuia, & à ratione iuris aliena facilè est videre siue rationibus pugnare quis velit, siue legibus. Extat enim

genera-

Digitized by Google

generalis illa & haud dubiè perpetua iuris regula, quæ negat inuitum quemquam compelli posse vel debere ad agendum, aut ad accusandum *d.l.vnic.& ibi.C.vt inuit.nem. ager.vel accus. cogat.* Cùm sicut obligationes omnes ad hoc comparatæ sunt vt sibi vniusquisque acquirat id quod sua interest. *l.stipulatio ista 38.§.alteri de verb.oblig.* ita & actiones vt quis ius suum persequatur si aliquod sibi competere putet, Non autem vt persequi cogatur, etiamsi per imprudentiam aut vecordiam iactauerit aliquando, ac minitatus sit se actuum. Quid enim si tùm fortè nondum paratas habeat iuris sui probationes? Quid si suspectum habeat iudicem ex causis tam occultis, vel dubiis vt eas ut allegare nolit, aut probare non possit? Quid si suspecta etiam sint tempora, propter quæ prudens actor instituendæ actionis consilium in aliud tempus differre velit? An non sit iniquum & inhumanum trahi lubricum linguæ ad pœnam, vt qui se acturum iactauit, ob hoc solum cogatur ad nutum & voluntatem aduersarij actionis suæ iacturã pati vel incõmoda? Nec enim qui se aliquando acturum minatus est, dixit se paratum statim agere, vt protinus quasi ex compacto debeat cogi ad agendum, Nisi proponas ita factam probatámque iactationem quasi ex instrumentis quæ in manu habebat iamiam acturum se minatus fuerit: Alioqui non video cur durior huius iactatoris conditio esse debeat, quàm si expressa conuentione se ad agendum obstrinxisset: quo tamen casu satisfacere vtique conuentioni videretur agendo quandocunque, nec idcirco vel statim vel intra mensem proximum agere cogeretur, præsertim si negaret habere se paratas iuris sui probationes. Nam qua fronte posset iudex actorem hunc submouere, adeóque in expensas litis tanquam temerarium litigatorem condemnare, quem inuitum & reluctantem agere coegisset? Aut cur ei imputare, quòd intentionem suam plenè non probasset, quam prædixerat ille probare se nondum posse, ne tam citò agere cogeretur? Ex quo apparet non modò summi strictique iuris, sed etiam æquitatis rationem maximam facere pro iactatore ne inuitus agere vel accusare cõpellatur: Et consequenter non esse hanc speciem ex earum numero in quibus ratione iuris recedi oporteat prætextu æquitatis. Neque rursus dici potest odio litium fauorabilem hanc interpretum sententiam videri, Per quam scilicet fit è contrario vt multiplicentur lites & prouocentur, coacto agere illo, qui si liberum agendi arbitrium haberet neque nunc ageret, neque vnquam fortasse acturus esset. Quòd si certissimum esset acturum eum tandem aliquãlo, quæ tamen amentia ista est, vt cogatur nunc agere ne agat postea, & vt eum liberes à metu quo torquetur ne aliquando conueniatur, actorem adigere in discrimen actionis perperam instituendæ, aut si litigare nolit, citra litem amittendæ? An non possent multa interuenire quæ facerent vt vel à metu litis per transactionem recederetur, dum suo quisque iuri diffideret, vel inanem fuisse metum illum, vanásque futuræ litis iactationes tandem ex euẽtu appareret? Lites igitur prouocare istud est, non execrari nec diminuere, sed augere. Neque quod Baldus scribit *dict.num.9.* causatiua suadente æquitate, necessitative cogi quem agere non præcise, quomodo ad hanc speciem aptari possit, intelligo. Si quis enim çquũ putet prospici ei qui per iactationes prouocatur, ne continuo perpetuóque comminatæ litis metu vrgeatur, præter id quod talis non est hic metus cuius rationem aliquam haberi oporteat, cùm non cadat in constantem virum, Præsertim cùm ex mora propositæ tardiùs actionis frequentiùs accidere soleat vt actoris quàm vt rei ius deterius

fiat,Quidni etiam putamus æquum esse prospici actori, ne metuendam habeat iacturam bonæ actionis ob nondum satis bene instructas probationes? An quod iactauit se aliquando acturum iusta causa esse potest propter quam à iure suo cadere debeat?qui nec si nudo pacto ad certam diem agere promisisset,ob id tamen ad agendum cogi posset, cùm ex pacto nudo non detur actio? At neque si per stipulationem ea promissio facta esset, sed tantùm condemnari ad id quod stipulatoris interesset, vt euenire solet in cæteris omnibus faciendi obligationibus *l.si quis ab alio* 13.*in fin. D.de re iudic.l.stipulationes non diuiduntur* 72.*l.quoties quis alium* 81.*De verb.oblig.* Quid porrò interesse potest eius qui vult conueniri quòd tardiùs conueniatur? An non interest potiùs vt vel nunquam vel non nisi tardissimè contra eum agatur? Dices,imò posse interesse,si fortè tum paratas habeat defensiones ex præsentibus instrumentis,quorum amissionem timere possit, ex eáque amissione instrumentorum,iacturam totius sui iuris incurrere, vt in *l. 3.§. duæ autem D. de Carbon. edict.l illud* 40.*D.ad leg. Aquil.* Aut si fortè sit ille de iure suo quod plerumque sit,instructior,quàm futuri sint liberi aut alij heredes quos impuberes aut saltem minùs cautos sit relicturus. Non nego, sed hoc contendo, Absurdum esse vt agendi necessitas cuiquam irrogetur ob vtilitatem illius qui conueniendus est,cùm actiones actorum sint non reorum & in bonis eius qui agit non eius qui conuenitur: Longéque maiorem æquitatem facere pro actore ne cogendus sit agere si dicat sua interesse vt non priùs cogatur,quàm instruxerit causam adeò certis probationibus,vt sibi de victoria diffidere non possit. Etsi enim non negant interpretes condemnato ei supereſſe auxilium appellationis, admittentes in hoc meliorem esse condicionem eius qui contumax sit in non agendo quàm eius qui in non veniendo vt Baldus disputat ad *d.l.diffamari num.* 7.quid tamen ea prodesse potest appellatio, in qua perinde necesse sit appellantem succumbere ob desicientes non minùs in secunda quàm in prima instantia probationes? Neque in hoc,vt puto,quisquam à nobis dissentiret,nisi omnes fefellisset Imperatorum constitutio quæ extat in *d. l.diffamari*,qua hoc ipsum inductum esse crediderunt: Cùm tamen si quis verba constitutionis sensumque perpendat diligentiùs,nihil minùs quàm de hoc nouo iure constituendo cogitasse Imperatores videantur. Primùm enim nullum in tota lege verbum est,quod præseferat noui alicuius iuris constitutionem. Quinimò sic loquuntur Imperatores vt Præsidis factum laudent, qui iam sententiam tulerat,non vt ei formam nouam præscribant ex qua pronunciare deberet: quod tamen faciendum erat, si eam & agendi & pronunciandi rationem introducebant quæ in id vsque tempus insolita, & toti antiquæ iurisprudentiæ incognita fuisset. Deinde obseruandum est in ea lege agi de ingenuitate,cuius propria quædam & specialis ratio facere videbatur, vt maiore odio dignus esset,qui hominis ingenui statum diffamabat, cùm diffamari statum ingenuorum sit periniquum siue errore siue malignitate quorundam id fiat,vt lex ait. Nam & ad publicam vtilitatem id maximè pertinet, vt personarum status certus sit, nec temerè ac sine causa per eiusmodi diffamationes dubius & incertus fiat. Vt proinde quod in ea specie rescriptum est ab Imperatoribus non facilè trahendum sit ad alias species, in quibus sola eius qui diffamatur non etiã publica vtilitas offendatur. Nemo enim nescit quàm multa passim iure ciuili constituta sint pro vtilitate publica,quorum similiter constituendorum ratio nulla esset pro priuatis commodis litigatorum. Nec

rursus facilè patior vt quod de diffamatione lex ait ad iactationem quàmlibet protrahatur, cùm sit longè odiosior diffamatio, quàm nuda iactatio. Præsertim cùm ea lex non distinguat an malignitate an errore potiùs ea diffamatio facta fuerit: inde namque apparet non esse verisimile cogitatum fuisse ab Imperatoribus de tanta pœna errori iactatoris irroganda, vt propterea vel intempestiuè agere inuitus, vel si intra tempus præfinitum, non ageret, causa cadere cogeretur. Esset enim id sanè perquàm crudele ac inhumanum, solétque mitius agi cum errantibus, hactenus saltem, non vt eo prætextu alius lædatur, sed ne is qui errauit tam grauiter puniatur *l. vltim. D. de rit. nupt. l. regula 9. §. penult. D. de iur. & fact. ignor.* Denique quod præcipuè obseruari volumus, non sic loquuntur Imperatores, vt dicant diffamatorem vel egisse, vel agere iussum fuisse ob eiusmodi diffamationem siue per interlocutoriam, siue per diffinitiuam sententiam, sed è contrario ponunt egisse vltrò ingenuum cuius status diffamabatur, Egisse, inquam, solito more cognitionum de ingenuitate, actione quæ in eam rem comparata est, ex edicto & iurisdictione prætoris, & quæ præiudicialis appellatur, per quam scilicet contenditur an ingenuus quis sit an libertinus, & super qua pronunciandum alterutrum est, aut ingenuum eum esse, aut libertinum. *§. præiudiciales Instit. de action.* De quo actionis genere videnda sunt quæ fusè scripsimus *libr. 9. Coniect. cap. vlt.* vbi ostendimus proprium esse huiusmodi actionum vt non quemadmodum cæteræ actiones solito iudiciorum ordine per formulam & apud iudicem datum expediantur, sed extraordinaria cognitione, & per præsorem ipsum in vrbe, aut per Præsidem in prouincijs, qui tanquam maiores iudices soli de libertate ac libertinitate cognoscere, & pronunciare potuerūt. *l. non distinguemus 32. §. de liberali D. de recept. qui arbitr. receper. l. 2. in fin. C. de pedan. iudic.* Vnde est quod huiusmodi actiones proprio nomine præiudicia appellantur, & meliùs quàm actiones, cùm non sint actiones nisi sumpto generaliter eo vocabulo vt interdicta quoque comprehendat *l. actionis 37. De oblig. & action.*

ERROR SECVNDVS.

De *interpretatione verborum dict. l. diffamari.*

AD hoc actionis genere actum fuisse in specie *d. l. diffamari*, non solùm ratio iuris docet quæ nullum aliud remedium præbet ingenuo, cuius status diffamatur, sed ipsa etiam legis verba *cùm adfirmes diu Præsidem vnum atque alterum interpellatum à te vocitasse diuersam partem.* Nam in istis actionibus præiudicialibus non petitur actio, aut, quod idem est, formula à magistratu, nec petitur aduersarius vt veniat ad iudicem, qui nullus datur, sed tantùm interpellatur magistratus cuius ea cognitio est vt cognoscat ipse ac pronunciet, in eámque rem aduersarium ad se euocet vt contradicat si quam habeat iustam contradicendi causam. Ac quāquam tutius & consultius est homini ingenuo cuius status diffamatur quasi libertinus sit, si modò in possessione ingenuitatis constitutus sit, vt expectet quousque ipse conueniatur, Ne alioqui petitoris partes vltrò suscipiat, séque oneret probatione, si tamen suis confidat probationibus nihil causæ est cur non possit & debeat prior ipse aduersarium pro-

uocare, & præiudicio experiri vt eleganter & appositè ad rem nostram scriptum est in *l. circa* 14. *D. deprobat.* Cùm ergo ei cui non nisi per diffamationem status controuersia fit, competat iure communi actio ista præiudicialis per quam possit ipse sibi prospicere, & à magistratu obtinere vt etiam contradicente ac inuito aduersario pronuncietur ingenuus, quis ferat violari hoc casu regulã iuris data ei noua illa, planéque commentitia actione, per quam non agat ipse cùm tamẽ possit si velit, quod interpretes nostri nõ obseruãt, sed cogat aduersarium agere quantumuis inuitum & reluctantem? Sed & quæ sequuntur *in d. l. diffamari*, hanc nostram sententiam & interpretationem tam apertè probant, vt nihil dici possit apertius. Sic. n. habent *vt contradictionem faceret.* Scribendum verò erat *vt ageret* si Imperatorum sensus idem fuisset qui interpretum nostrorum vt non ad aliud daretur actio ingenuo, quàm vt aduersarium cogeret ad agendum. Nec enim is qui agit contradicere videri potest, sed qui actionem excipit, séque reum constituit: Nisi cùm aduersus exceptionem à reo oppositam replicatione actor vtitur. Nam replicatio sicuti exceptio est, ita & contradictio dici potest non minùs quàm exceptio *l.* 1. *&* 2. *D. de except.* Atqui non tractat lex illa de replicatione, quoniam is qui statum ingenui diffamabat nullã adhuc actionem proposuerat. Ergo nec intelligi potest de illo qui agere cogatur propter diffamationem, sed qui cogi debeat contradicere tanquam reus, & seipsum defendere. Ne qua verò dubitãdi causa de eo supereſſet, addit lex, *si defensionibus suis confideret.* Quo vel solo nomine mirum est non fuisse admonitos & persuasos interpretes, vt viderent tractari de diffamatore tanquam reo, non tanquam actore. Quis enim verba illa ei qui agat conuenire posse arbitretur? Aut quis ferat tam fœdam ineptámq; & verborum & rerum fieri confusionem, vt actor non reus defensionibus suis confidere dicatur? Et tamen in hoc ipso cæcutit Accursius, ac quamuis videat vrgeri se vi verborum, tamen vt obiectionem eludat, suámque interpretationem tueatur, quod lex ait *defensionibus* interpretatur *iuribus* vt pro nomine quod soli reo conueniebat aliud supponeret quod esset commune actori & reo, atque ita in contrarium sensum detorqueret ad solũ actorẽ, quod dictum fuit de solo reo. Quid verò facere vel Papinianus ipse si redeat possit vt istorum errores conuincat, quos non pudet vt sibi blandiantur, naturalem ipsam verborum significationem tam apertè sensúmque peruertere? Quid tam apertum verúmque possis obiicere, quod non illi statim huiusmodi interpretationibus sint elusuri? Qui defensiones dicit, iura quidem dicit sed rei duntaxat, ad exclusionem iurium actoris. At is qui iura dicit, non æquè dicit defensiones quæ soli reo competunt, sed iura etiam actoris, quæ defensiones dici nullomodo possunt. Sed videamus reliqua etiam quæ in lege sequuntur. *Vnde constat*, inquit lex, *meritò rectorem prouinciæ commotum allegationibus tuis.* In quorum etiam verborum interpretatione non leuior nostrorum error est. Sic enim accipiunt, quasi non aliis allegationibus commotus fuerit rector prouinciæ moueríque debuerit quàm ex diffamatione: cùm tamen dubitandum non sit eo allegationum nomine significari ab Imperatoribus omnia quæ ingenuus dixerat, & probauerat vt ingenuitatem suam tueretur. Nec enim aliter poterat ingenuus vincere, quàm si suam intentionem probaret, tametsi contumacẽ aduersariũ haberet cùm esset ipse actor nõ reus, Actor, inquam, non ad cogendum aduersarium vt ageret, sed ad cogendum eum vt se defenderet ac contradiceret: Alioqui nullis opus fuisset allegationibus, aut

probationibus

robationibus nisi soliusdiffamationis,vt hodie in praxi seruatur quoties beneficiũ huius legis imploratur,quod & Bald.fatetur ad *d.l.diffamari n.*8.Et verò ita fit plerũq;vt reus etiã absẽs vincat,actore scilicet in probationibus suis deficiente *l.properandũ* 13.9.*fin autẽ ver.cùm autẽ C.de iud.l.*1.*C.quom.& quand. iudex.*Sequitur *sententiam dedisse* quod ipsum quid aliud est, quàm præsidem prouinciæ pronũciasse pro ingenuitate? Non aliter nimirũ,quàm si cõtra præsentem auditúmq; iactatorẽ pronunciasset.Id est,ingenuũ videri eũ cuius status quasi libertinus esset,diffamabatur.Contumacia.n.iactatoris pro præsentia est *Auth.qua in prouincia versi. sed sinec ipse C.vbi de crim.agi oport.*Contumacem verò hunc fuisse ex eo constat quod sæpius vocatus ad præsidem,vt prorat verbum illud frequentatiuum *vocitasse* quo lex vtitur, sui tamen copiam facere neglexerat.Quidni ergo potuit contra eum ferri sententia vt & aduersus contumacem quemlibet?*l.contumacia* 53.*D. de re iud.l.*1.*in fin. C. de adsert. tollend.*quamuis contrà scribat Bald. *dict. num.*8.Et in hoc potissimum labuntur interpretes qui sententiam hanc quasi nouo stylo concipiendam sic formant,& effingunt ac si pronunciasset præses nihil aliud nisi quod inhibuisset iactatori ne suum aduersarium de cætero inquietaret.Sic enim accipiunt verba illa quæ in lege sequuntur,*ne de cætero inquietudinem sustineres*, quasi formulã contineant sententiæ quæ in hac specie aduersus iactatorem contumacem reddenda est,Nisi quod addendum putant velut dilucidioris explicationis gratia,vt iactatori perpetuum silentium imponatur. Quod ipsum quoque supradictis verbis satis expressum putant.Omnino improbabiliter ne dicam imperitè. Non enim adformulam sententiæ referenda sunt verba supradicta, sed sic potiùs accipienda vt sententiæ vim & effectum exprimant, quia rerũ iudicatarum autoritas facit vt is pro cuius ingenuitate pronunciatum est inquietari postea nunquam possit, citra iniuriam manifestam,à qua temperari iubebit præses si adhuc post sententiam diuersa pars in eadem obstinatione perseueret diffamandi tanquam libertinum eum qui iam pronunciatus sit ingenuus. Nec enim leuis illa iniuria est,cuius nomine condemnari iactatorem æquum est, posteaquàm contra eum pro ingenuitate pronunciatũ fuit. Et verò si ea verba formulam sententiæ continerent,vt nostri putant;non ad personam ingenui pro quo pronunciaretur referrideberent,sed ad personam iactatoris cui & inhibitiones fierent ne in posterum inquietaret ingenuum, & silentium perpetuum imponeretur. Itaque debuerat in hunc sensum ita scribi *ne de cætero te inquietaret*,quomodo interpretes nostri loquuntur ,non vt scriptum est *ne de cætero inquietudinem sustineres.*Quamquam & hæc & illa formula æquè inepta esset, quoniam neque in actoris,neque in rei personam concipienda huiusmodi sententia est quæ super causa liberali redditur,vt aliquid fieri vel iubeatur vel prohibeatur,sed in rem ipsam, Pronunciando scilicet eam personam qua de agitur vel ingenuam esse vel libertinam, Vel liberam vel seruam cùm sit actio ista præiudicialis,& præiudiciales actiones in rem omnes sint non in personam,vt docuimus *dict. cap. vlt.lib.*19. *Coniectur.* Ex his igitur apparet quàm improbabile sit commentum istud interpretum quod ex *d.l.diffamari* effinxerunt.

ERROR TERTIVS.

De sententia l.si ea 7.C.qui accus.non poss. & l.ob commissa 21.in fin. C. ad leg.Iul. de adult.& rursum de l.diffamari C.de ingen.manum.

ALIAE verò leges quibus in eundem sensum abutuntur, multò minùs ad rem pertinent. Nam *in l.si ea 7. C. qui accus.non poss.* non tractatur de cogendo iactatore vt accuset, quod multò minùs vllo casu ferendum est, sed de iniungenda ei qui iam cœpit accusare, necessitate prosequendæ accusationis intra tempora præstituta,nisi malit incidere in Turpillianum; quasi qui agere superfedendo renunciasse causæ intelligatur, vt lex ait & nos iam docuimus in Codice Fabriano ad Tit.*Vt nemo inuit.ager. vel accus. cogat.*Quod autem scriptum est in *l.3.§ si ad diem D.de re milit.*omnino alienum est à proposita quæstione.Ibi enim tractat Modestinus de eo qui ad diem commeatus non venit,quem idcò perinde puniendum esse ait, acsi vel emansisset vel deseruisset pro numero temporis *facta tamen ei,*inquit,*prius copia docendi num fortè casibus quibusdam detentus sit propter quos venia dignus videatur.* Quæ res vt nemo non videt non ad causam & necessitatẽ actionis vel accusationis instituẽdę pertinet,sed ad ęquitatẽ admittẽdę defẽtionis quã in criminalib. pragmatici nostri iustificatio nẽ appellant; Ne alioqui miles inauditus quasi emensor vel desertor condẽnetur,quod iniquissimum esset. Ratio denique illa quæ ponitur *in l.ob commissa 21.in fin.C.ad leg.Iul.de adulter.Ne effrenata licentia ad terrendam aduersariam futura accusationis speciem prætendas,*eò tantùm spectat,vt cogendus sit maritus qui vxori accusationem adulterij minitatur eam accusationem & instituere & prosequi intra tẽpora illa quæ ob commissa adulteria atque accusandas vxores præstituta sunt,Ne perpetuo metu futuræ accusationis mulier fortassis innocens terreatur & inquietetur. Qui tamen metus planè superuacuus,& contemnendus esset, si posset mulier aliqua actione sibi prospicere ad cogendum maritum qui accusationis futuræ iactationes tantùm effunderet vt iamiam accusaret. Neque rursus erat cur lex Iulia præstitueret marito & extraneo cuilibet certa tempora ad instituendam adulterij accusationem,Nisi quòd alioqui fieri nullomodo poterat vt securitati & inquietudini mulieris quæ in adulterij suspicionem veniisset, consuleretur:quod tamẽ falsum esset si noua ista actio ex remedio *legis diffamari* in hanc rem vtilis esse posset. Illud sanè non nego quod ad sententiam nostram magis ac magis confirmandam valde pertinet,eum qui sibi metuit ab aduersario,ne quandoque inquietetur,puta vsurarum nomine quas futurum sit vt debeat si fortè agente postmodum aduersario debitor certæ summæ inueniatur,quam necdũ sciat nec proinde possit adhuc soluere aut obsignare ad inhibendum cursum vsurarum, Posse aduersarium prouocare ad iudicium, Denunciationibus frequenter interpositis non vt cogat eum agere,quod tamen consequẽs esset nostrorum sententiæ, sed vt si denunciatus aduersarius dissimulatione rem proferat actis apud præsidem prouinciæ factis, rationem volũtatis suæ declaret is qui conueniri vellet, Protestando scilicet, quod paratus esset soluere si sciret, quid & quantum à se deberetur. Quo facto tam suæ quàm suorum vtilitati abundè consuluerit,vt elegãter ac disertè scriptum est *in l.vlt. C.de vsur. pupill.*

Digitized by Google

pill. vt scilicet vsuras nullas debeat perinde ac si obsignasset aut soluisset, At non etiam vt aduersarius agere postea prohibeatur, ad sortem quam sibi deberi ostenderit consequendam. Itaque meo iudicio, locus, omnium apertissimus est ad actionem istam ex remedio *l. diffamari* explodendam. Cùm in ea specie laboraret maximè tutor, & quæreret ab Imperatoribus qua potissimùm ratione sibi prospiceret aduersus futuram pupilli calumniam, cuius tamen quænam suspicio esse potuerit non possum diuinare si nulla diffamatio iactatio ex parte pupilli quem ponendum est factum fuisse iam tum adultũ, præcessisset. Posset verò haud dubiè imputari tutori quod denunciationibus illis contentus fuisset, si quo remedio potuisset adigere pupillum ad agendum. Debuisset enim potius remedio illo experiri ad acquirẽdam sibi suisq; securitatem, multò pleniorem & certiorem futuram ex sententia præsidis vel iudicis quàm ex sola denunciationum sollennitate. Est enim lex illa eorundẽ imperatorum Diocletiani & Maximiani, quorũ *& d. l. diffamari*, in cuius specie quærerem libenter ab Accursianis si qui erunt qui posthac cõtra nos sentiant quo remedio velint egisse ingenuũ illum cuius status diffamabatur. Nõ enim possint respondere actum ibi fuisse remedio eius legis quæ nondũ fuerit tùm promulgata. Fateantur ergo quod volumus egisse ingenuum contra diffamatorem illa ipsa actione, qua etiamsi diffamatio nulla præcessisset agere nihilominus potuisset adserendæ sibi ingenuitatis gratia, adeóque tametsi in possessione ingenuitatis non fuisset, si modò probationibus suis tantopere confidere debuisset, *d. l. circa* 14. *D. de probat.* aut vt melius loquar non actione vlla sed cognitione præsidis & iudicio liberali. Non nego Prætorem posse interdum iurisdictionem suam denegare illi qui Prætoris ipsius iudicio & imperio audiens esse noluerit, vt in specie *l. sed etsi* 26. *§. & adiicimus ex quib. caus. maior. l. mancipiorum* 6. *l. si optio* 13. *§. vlt. D. de option. legatil. si eo tempore* 6. *C. de remiss. pignor. l. si seruus* 4. *D. de reb. auctor. iudic. possid.* & aliis in locis si qui sunt in hunc rem ex illis quos Accursius congerit ad *d. l. diffamari.* Sed nego Prætoris partes tales esse vnquam debere, vt quemquam inuitum cogat agere vel accusare. Etsi enim diximus in potestate esse cuiuslibet agat vel accuset quando velit, *d. l. purè* 5. *§. vlt. D. de dolo except. l. petenda* 6. *C. de tempor. in integr. restit.* Vix tamen est vt agere vel accusare quis velit, antequàm eas habeat sui iuris probationes, ac tam benè instructas vt de litis victoria, vel consilere vel saltem bene sperare possit: Quas si nondum habeat, quid aliud, obsecro, est cogere illum ad agendum, vel accusandum, quàm in has angustias eum conijcere, vt inuitus cogatur eam vel actionem vel accusationem proponere in qua videat futurum vt sibi necessariò sit succũbendũ. Iam & Baldus ipse cùm diuersitatis rationem reddit, Cur melior cõditio sit eius qui contumax est in non agendo, quàm eius qui in non veniendo vt possit ille appellare, hic non itẽ, illã adfert, quòd qui contumax est in nõ agendo videtur de iure suo diffidere potiùs quàm iuri suo renunciare. Hoc ipsum ergò, cogere aliquem vt agat quandiu dubitat & diffidit de iure suo: nónne ut stulti planè, ut iniqui fuerit prętoris? vt loquitur Vlpianus quamuis aliam tractans speciem *in l. 3. §. duæ autem D. de Carbon. edict.* Tunc ergo huiusmodi actionibus locus esse potest, cùm id facere quis iubetur, quod commodè & ad suam quoque vtilitatem facere possit & debeat, in quo numero non est potestas agendi vel accusandi, quandoquidem in eo non factum solùm & voluntas agentis aut accusantis versatur, sed potissimùm ius agendi vel accusan-

di si quis agendo vel accusando victoriam sperare velit, Cùm vincere nunquã possit is qui nullo iure egit, aut accusauit. Essétque saltem restringenda hæc interpretum nostrorum sententia ad eum casum quo probaretur iactator dixisse, aut quo nõ negaret habere se paratas iuris sui probationes. De quo proinde illum ante omnia interrogari æquum esset, vt si fateretur, tum demum ex æquitate cogeretur agere quasi facere id posset nullo suo damno aut incõmodo, non etiamsi negaret. Loquimur autem de coactione præcisa & necessitatiua non de causatiua, qualem nostri vocant eam per quam euenit plerumque vt negotiorum gestor, procurator, tutor, heres, administrator ciuitatis & aliæ similes personæ agere compellantur, Ne scilicet alioqui teneantur ob id quod non egerint, vt ex iis legibus cõstat quas ad hoc congerit Accursius *in d. l. vnic. C. vt nem. inuit. ager. vel accus. cogat.* Vbi quod prætereà quærit An Bononiensis cogi possit à scholari vt agat contra scholarem qui breui sit recessurus, alienum est ab hoc tractatu: Non enim fieret ea coactio propter iactationem aliquam & diffamationem, sed ob hoc solùm vt sibi prospicere scholaris posset aduersus periculum, quod subesse videat, ne quo instanti equum ascensurus erit, vocetur in ius & recedere prohibeatur. Cuius periculi depellendi gratia, potest sufficere scholari vti denunciet Bononiensi à quo calumniam timet, vt si quid sibi debitum putet id statim declaret, Quo facto eáque re in testationem redacta si Bononiensis dissimulet, securus sit scholaris, non ne conueniri vnquam possit si fortè post aliquod tempus Gallũ in Gallia, vel Germanum in Germania conuenire Bononiensis velit, sed vti ne possit Bononiensis recedẽtem eum arctare vt ex equo, vt ita dicam & antedissessum suum se defendat postquàm ipse Bononiẽsis prouocatus in mora fuerit vel agendi, vel saltem declarandi, quid sibi quantúmque deberi intenderet *arg. d. l. vlt. C. de vsur. pupillar.* Fiunt enim huiusmodi denunciationes non ad extinguendam iustam & legitimam actionem si qua denunciato cõpetat, sed ad propulsandum fraudis consilium quod per dissimulationem & dilationem actoris in perniciem denunciãtis vel suspectum iam esse, vel mox suscipi posse videatur. Denique potest & debet diligens paterfamilias istis denunciationibus sibi prospicere aduersus incommodum quod sibi timet ex dilata actionis institutione, sed non aduersus periculum actionis ipsius instituendæ.

ERROR QVARTVS.

De captatoria institutione.

CAPTATORIAM voluntatem nostri vulgo eam intelligunt quæ sit deceptoria, captationem accipiẽtes pro captione, & captionem pro deceptione. Vtrumque malè si iuris nostri autores consulamus, apud quos longè aliud est captatio, aliud captio, Rursúmque longè aliud captio, aliud deceptio. Captatio est in persona, captio verò in re, nec deceptio significatur captionis nomine, sed damnum ex re ipsa emergens, *l. vlt. D. de iur. dot. l. quoties 59. de ver. obligat.* Ideò autem interpretes videntur in hanc veniſſe sententiam, quòd putant captatorias voluntates esse illas quas testator voluerit ex alieno arbitrio pendêre. Siquidem earum tres species constituunt cum Paulo Castrensi *ad l.*

captatoria

captatoria 64. de leg. 1. Primam cùm ſubſtantia ipſa diſpoſitionis confertur in liberam voluntatem tertij, vt ſi teſtator dixerit *Lego Mœuio centum ſi Titius volet*, aut *ſi Titius voluerit*, Secundam cùm nõ diſpoſitio confertur in voluntatẽ tertij, ſed perſona ipſius legatarij vel heredis inſtituti, puta in hunc modũ *Lego illi cui Titius voluerit*, vel *inſtituo illos quos Titius voluerit*. Sic. n. apud Caſtrenſem legendum eſt, Tertiã quæ fit ſub ſpe inſtitutionis ab altero faciendæ vel legati ab alio relinquendi vt puta *Inſtituo te ſi me inſtituas*, vel *Lego tibi ſi legabis mihi*. Fatentur verò his omnibus ſpeciebus captatoriæ voluntatis cõmune illud eſſe vt eiuſmodi voluntas non valeat, ſed cum aliqua diſtinctione, Prima quidem numquam, Secunda verò ita demùm ſi incerta perſona de incertis conferatur in arbitrium tertij, Secus ſi incerta de certis, hoc modo, *Lego vni ex libertis meis, cui Titius voluerit* vel *quem Titius elegerit l. vtrum 7. §. cum quidam D. de reb. dub.* Priore ſiquidem caſu Titio non eligente remanet diſpoſitio prorſus incerta, Secundo autem non ita quia liberti omnes admittuntur, vt Caſtrenſis ſupradicto loco ratiocinatur *ex l. cùm quidam 24. & l. ſi quis Titio 17. §. 1. de legat. 2.* Tertiã deniq; ſpeciem nullo prorſus caſu valere patiuntur ſi modò facta ſit per verbũ futuri tẽporis, non etiãſi per verbũ præteriti, cùm non ſit condicio quæ in præteritum tempus confertur, ſed illa ſolùm quæ in futurũ *Ex l. illæ autem 71. cum l. proced.* Iunct. *l. illa inſtitutio 32. & Clemens 81. §. 1. D. de hered. inſt. l. 1. §. vlt. D. de his quæ pro non ſcript. hab. l. captatorias 11. C. de teſt. mil. d. l. captatoriæ 70. de legat. 1.* quæ captatorias ſcripturas non modò in hereditatibus ſed etiam ſimiliter in legatis valere negat. Quod & ad deicõmiſſa noſtri trahunt, ipſo etiam aſſertore Cuiacio ad Papinianũ in *d. l. captatorias 70. de hered. inſtit.* Siue quòd per omnia ſint exæquata legata fideicommiſſis *vulg. l. 1. de legat. 1. l. 1. C. commun. de legat.* ſiue quòd eadem in vtriſque ratio iuris ſubeſſe videatur. Præterquam ſi de fideicommiſſaria libertate agatur in qua ſpeciale eſſe volunt vt fauore libertatis valeat eiuſmodi voluntas *Ex l. fideicommiſſa 46. D. de fideic. lib. 11.* Sicut & fauore piæ cauſæ ſi quid in piam cauſam relictum proponatur, vt ex Bartolo concludit Caſtrenſ. *d. l. captatoriæ per text. in cap. cùm tibi Extr. de teſtam.* repugnante licèt Balbo *ad d. l. captatorias C. de teſtam. milit.* vbi magis probat, vt textus ille iuris pontificij de commiſſione diſtributoria intelligatur, non de voluntate diſpoſitoria. In cæteris verò omnibus quæ ad voluntates iſtas captatorias pertinent, non video ex interpretibus qui ab ea quam retulimus Pauli Caſtrenſis traditione diſſentiat. Nos tamen diſſentire cogimur quia longè aliter veteres lureconſultos ſenſiſſe arbitramur. Atque in eo primùm quod ſpectat ad priores illas ſpecies duas quas interpretes conſtituunt captatoriæ voluntatis. Conuenit quidem mihi cum ipſis in eo quod negant valere voluntatem, quæ aut ipſam diſpoſitionis ſubſtantiam, aut legatarij vel heredis inſtituti perſonam cõtulerit in arbitrium tertij. Sed nego voluntates iſtas eſſe captatorias, Nego eſſe ideò reprobatas, quòd ſint captatoriæ. Captatorias nim inſtitutiones, vt de iis primùm dicamus, diffinio cum Papiniano noſtro *d. l. captatorias, de hered. inſtit.* eas quarum condicio confertur in ſecretum voluntatis: & quas à Senatu improbari neceſſe fuit vt non valerent quæ antea ex iuris ratione valebant. Quid enim attinebat Senatum de eo quod iam per ſe iuris certi erat & explorati? Atqui eas inſtitutiones quę ex alterius arbitrio pendẽrẽt conſtat iam inde ab ipſo naſcentis iuris vlis exordio improbatas fuiſſe, priùs etiam quàm Senatuſconſultum illud

factum esset de quo Papinianus *in d. l. captatorias.* Idque ratione illa, quam adfert Caius *in d. l. illa institutio* 32. *eod. tit.* quod constantissimè veteres decreuerunt testamentorum iura per se firma esse oportere non ex alieno arbitrio pendêre. Hoc ipsum autem ideò, vt videtur, quòd testandi ius ita sit inductũ permissũmque lege duodecim tabularum vt solius testantis persona voluntásque demõstrata sit iis verbis *Paterfamilias vti super sua re legassit ita ius esto.* Vnde illud etiam est quod testamentum definitur voluntatis nostræ iusta sententia de eo quod post mortem nostram fieri velimus *l.* 1. *D. qui testam. facer. poss.* Itaque si quis contra faciat & heredis sui institutionem conferat in arbitrium & voluntatem tertij, institutio non tam prohibita vel improbata est quàm viciosa, quia contra legis formam facta est quæ fieri è contrario secundum legem debuit. Nec proinde fuit in hanc rem necessaria vllius senatusconsulti autoritas sufficiente decreto & autoritate veterum prudentum qui Senatusconsultum de captatoriis voluntatibus factum præcesserunt. At captatorias Senatus improbauit, tanquam quas videret per se viciosas non esse, nec eo minùs tamen dignas quæ improbarentur, quòd haberent nescio quid mali exempli & à bonis moribus alieni cùm sit longè honestius ac ciuilius mutuis adfectionibus iudicia prouocari quàm prætextu liberalitatis captari auarè personam à qua hereditatem vel legatum velit extorquere is, qui nullorum meritorum conscius nihil alioqui sperare posset. Ergo quamuis hoc simile habeant voluntates captatoriæ cum iis quæ ex alieno pendent arbitrio, quòd omnes sũt improbatæ, in eo tamẽ sũt dissimiles quod captatoriæ solius Senatus autoritate improbatę sũt, cùm antè Senatusconsultum valerẽt: Cæteræ verò nunquam valuerunt, sed semper pro viciosis habitæ sunt, quasi prorsus omni iuris ratione & auxilio destitutæ. Sed in quo potissimùm differunt? Hoc enim est quod interpretes nostri assequi non potuerunt, decepti quantum diuinare possum, ex eo quod omnibus cõmune illud esse vident vt conferantur in secretum alienæ voluntatis, *d. l. captatorias & d. l. illa institutio.* Differentia meo iudicio tota in eo est, quod captatoriarum sola condicio confertur ad secretum alienæ voluntatis, Cæterarum autem ipsa etiam dispositio. Nam qui sic loquitur *Heres mihi esto quem Titius voluerit* non tam heredem instituit quàm heredis sui institutionem ipsam Titio mandat quod à legis 12. tab. verbis & proposito prorsus alienum est. Qui verò ita scribit *Quanta ex parte Titius me heredem instituet, ex tanta Titius mihi heres esto* haud dubiè Titium ipse instituit, nec eius institutionem alterius vllius arbitrio permittit, vt nec ille qui ita, *Ex qua parte Titius me heredem instituet, ex ea Maeuius heres mihi esto.* Quid ergo? Confert in secretum voluntatis Titij non institutionem sed condicionem huius institutionis, cùm verba illa *Quanta ex parte Titius me heredem instituet* faciant condicionem ex potestate verbi futuri temporis in quod collata dispositio est *vulg. l. Stichum qui meus erit* 6. *de leg. 1. l. nuper* 85. *de leg. 3. l. scribit* 34. *§. vlt.* secundum Cuiacij emendationem *libr. 2. Obser. cap.* 39. Aliud porrò longè est conferri ad secretum alienæ voluntatis dispositionem ipsam, aliud verò solam dispositionis condicionem. Sunt igitur captatoriæ voluntates, omnes condicionales, sicut & eæ quæ alieno arbitrio permissæ sunt, sed cum hac diuersitate, quòd earum condicio duntaxat non etiam vt cæterarum dispositio ex alieno arbitrio pendet.

ERROR QVINTVS.

De voluntatibus in alienum arbitrium collatis in quo à captatoriis differant & in quo conueniant ad l. Clemens 81. § 1. D. de hered. instit.

EREO in illo etiam conueniunt, quod quoties quærimus an valeat captatoria institutio, aut ea quæ alterius arbitrio permissa sit, ponẽdum necessariò est satisfactum esse condicioni, secutámque declarationem voluntatis ex parte illius in quem collatam testator voluit siue institutionem ipsam; siue institutionis condicionem. Alioqui frustra esset quærere an vitiosa vel à Senatu improbata esset condicionalis institutio, quæ etiam sublato vitio, semotáque Senatusconsulti autoritate adhuc tamen inutilis reperiretur ob defectum condicionis. In eámque rem textus est perquam elegans & accommodatus *in d. l. Clemens* 81. § 1. vbi ait Paulus, Si ita scripserit testator *Quanta ex parte me à Titio heredem institutum recitassem, ex ea parte Sempronius mihi heres esto*, non esse captatoriam institutionem, siue quòd ad præteritum tempus collata sit, vt vulgò colligunt ex verbo illo *recitassem* (quanquam nihil vetat, ita etiam concipi condicionem quæ ad futurum referatur *l. si ita fuerit* 13. § 1. *D. de manum. testam.*) siue potiùs quòd in alteram personam quàm quę possit videri captata. Instituto scilicet Sempronio à quo institui vicissim testator non sperabat sed à Titio cui nihil ipse relinquebat, Nisi fortè poneres personam Sempronij adeò fuisse coniunctam personæ Titij siue sanguinis siue alicuius necessitudinis iure, vt potuerit institutio Sempronij tam facilè mouere Titium ad instituendum testatorem quàm si Titius ipse fuisset institutus, Quo casu non improbabiliter defendi fortasse posset habendum esse Titium ipsum pro instituto, & consequenter pro captato. *arg. l. filiofamiliæ* 42. *D. de condic. & demonstr. l. sed si plures* 10. *§. in adrogato D. de vulg. & pupill. substit.* Subiungit tamen Paulus *in d. §. 1.* si nullum à testatore recitatum fuerit Titij testamẽtum, inanem videri Sempronij institutionem, remota quoque suspicione captatoriæ institutionis, Id est non quasi hæc institutio si non euidenter captatoria saltem suspecta sit, quod sufficeret ad eã improbandam vt dici solet de cæteris quæ in fraudem legum vel senatusconsultorum excogitata videri possunt *l. qui testamentum* 27. *D. de probat. l. quidam* 29. *§. 1. ad SC. Velleian.* Sed quia tametsi nullomodo sit suspecta, inutilis tamen est tanquam facta sub illa condicione *si recitauerim me instituturum heredem à Titio*, quæ condicio planè deficit nullo per testatorem recitato Titij testamẽto. Quidni enim huiusmodi condicionem existerę necesse est, vt & aliam quamlibet licitam nec improbatam, priusquàm dici possit vtilem & efficacem esse institutionem? *l. si heredi* 5. *& tot. tit. D. de condic. instit. l. facta* 63. *§. si sub condicione D. ad SC. Treb.* Ergo similiter cùm dicimus non valere condicionalem institutionem quæ vel captatoria sit, vel alieno arbitrio permissa, sic necessariò intelligere debemus vt quamuis condicio eius extiterit. Siue quòd heres institutus testatorem suum vicissim heredẽ scripserit, siue quòd tertius in cuius arbitrium & voluntatem collata institutio fuit personam instituti elegerit, non eo magis valeat institutio propter vitium siue captationis siue dispositionis, quæ alioqui ob defectam condicionem inutilis esset iure communi. Et in eo vt dixi conueniunt Captatoria institutiõ, & ea quæ alieno arbitrio permissa fuit: Vt proinde mirum non sit ob huiusmodi con-

Digitized by Google

uenientias factum fuiſſe, vt eam quæ inter huiuſmodi voluntates eſt, differẽtiam interpretes non obſeruauerint. Ex qua tamen etiam illa naſcitur, quòd inſtitutione alieno arbitrio permiſſa, ſicuti tota ipſa diſpoſitionis ſubſtantia, vt Caſtrenſis loquitur, in alterius voluntatem collata eſt, ita totam eam corruere atque vicioſam & inutilem eſſe neceſſe eſt: *d. l. illa inſtitutio.* Captatoriam verò voluntatem cuius non tam diſpoſitio quàm condicio ſola confertur ad ſecretum alienæ voluntatis non ſemper totam inutilem eſſe neceſſarium eſt, ſed eo ſolo caſu quo fieri nequeat vt condicio improbetur, quin tota quoque inſtitutio vicietur: vt euenit in exemplo illo quod paſſim & quaſi vnicum prudentes noſtri adferunt, *Quanta ex parte Titius me heredem inſtituet, ex ea heres mihi eſto.* Tolle enim quod in hac voluntate captatorium & vicioſum eſt, condicionem ſcilicet illam *ſi me ex aliqua parte Titius heredem inſtituet* quæ licèt non ſit concepta per expreſſam figuram condicionis, expreſſa tamen potiùs quàm tacita videri debet, Nihil ex inſtitutione relinquetur quod poſſit ſubſiſtere. Quod namque ſupereſt *ex ea parte heres mihi eſto* nullum alium ſenſum habet quàm vt videatur Titius inſtitutus ex ea parte quæ nulla ſit, vt in *l. ex facto 19. eod. tit. de hered. inſt.* cùm teſtator nullam partẽ expreſſerit, niſi per relationem ad eam quæ nulla eſſet. Non quia ponam teſtatorẽ hunc nulla ex parte à Titio inſtitutũ fuiſſe (iam enim dixi è contrario ponendum eſſe impletam condicionem, vt poſſit tractari de inducenda ſenatuſconſulti poteſtate) ſed quoniam vt maximè verum ſit teſtatorem fuiſſe à Titio inſtitutum ex ſemiſſe, nulla tamen eius partis ratio haberi poteſt propter autoritatem ſenatuſconſulti, quod ſicuti condicionem totam improbat, ita & mentionem illam partis quæ condicionis partem facit iis verbis *Quãta ex parte* quibus tamen ſublatis, nihil ſupereſt ex quo poſſit probari vel coniici quanta ex parte inſtitutus fuerit Titius, quem porrò negari non poteſt quin teſtator inſtitutum voluerit non ex aſſe, at nequidem ex parte ſimpliciter & abſolutè, quo caſu videri poſſet inſtitutus ex ſemiſſe, ſed præciſè ex ea demum parte ex qua teſtator ipſe à Titio inſtitutus reperiretur, vt probant verba illa quæ ſequuntur in inſtitutione *ex ea heres mihi eſto.* Indéque nimirum eſt, quòd quamuis in huiuſmodi inſtitutione captatoria, nihil ſit improbabile præter condicionem inſtitutionis, Senatus tamen totam inſtitutionem improbat, non minùs quàm ſi ipſa ſubſtantia inſtitutionis collata eſſet ad ſecretum alienæ voluntatis, Nempe quia condicio huiuſmodi ſic implicita eſt & inſita inſtitutioni vt ab ea ſecerni nullomodo poſſit.

ERROR SEXTVS.

De inſtitutione ſic facta, SI TITIVS HEREDEM ME INSTITVET, TITIVS HERES MIHI ESTO: ***ad l. 1. in fin. D. de his quæ pro non ſcript. habent.***

AT finge teſtatorem ita ſcripſiſſe *Si Titius heredem me inſtituet, Titius heres mihi eſto.* Non dubitatur quin æquè captatoria ſit hæc inſtitutio, quæ ſcilicet expreſſam condicionem habet expreſſim collatam in ſecretum voluntatis Titij: Sed nego tamen, quod nemo fortaſſe ante me obſeruauit, improbatã eſſe huiuſmodi inſtitutionem, & defendo Titium nihilominùs heredem fore.

Mouet

Digitized by Google

mouet me illud quod negari non potest, condicionem hanc *si Titius heredē me inſt. tuet* captatoriam esse & à Senatu improbatam, cùm eo quoque casu quo Senatus totam institutionem quasi captatoriam improbat, non alia ratione id faciat, quàm odio cōdicionis, quæ proinde vt ipsa per se multò magis exosa fuerit, & à Senatu improbata necesse est. Quòd si condicio est improbata, vt est, Ergo & impossibilis est. Nec enim quisquam dubitat quin condiciones siue à Senatu, siue à Principe improbatæ in earum numero sint quæ impossibiles existimantur *l. filius* 15. *D. de condic. inſtit.* Atqui impossibilis condicio posita in institutione non viciat institutionem sed viciatur *l. 1. cod tit.* Nam & generaliùs obtinuit vt impossibiles condiciones testamento adscriptæ pro nullis habeantur *l. 3. De condic. & demonſtr.* Ergo perinde valere debet ea institutio *Si Titius heredem me inſtituet Titius heres mihi esto* atque si sic concepta esset *Si Titius cœlum digito tetigerit heres esto.* Nihil enim refert quid impossibilem faciat condicionem an ius an natura, nec minùs vno casu quàm alio potest institutionis cōdicio ab ipsa institutione separari, vt condicio reiiciatur, institutio autem subsistat, quam sanè conseruari quoties fieri commodè id potest, publicè expedit fauore tuendarum voluntatum vltimarum, quæ omnium sunt fauorabiliſſimæ. *l. vel negare 6. D. teſtam. quemadm. aper. l. 1. C. de ſacroſ. Eccleſ.* Et verò si institutio illa de qua nunc agimus *Titius si me heredem inſtituet heres esto* improbata esset à Senatu tanquam captatoria, quis credat non fuisse prudentes exemplum hoc allaturos, tanquam quod magis obuium esset quàm supradictum illud in quo sibi tantopere placent *Quanta ex parte Titius me heredem inſtituet ex ea heres esto*, de quo *in d. l. illa autem in princip. d. l. Clemens* §. 1. *de hered. inſtit. & in d. l. 1. in fin. De his quæ pro non ſcript. habent.* qui postremus locus videtur mihi omnium accommodatissimus ad sententiam nostram confirmandam. Ibi enim tractat Iulianus non obiter sed ex professo de institutionibus à Senatu improbatis cùm pœnas legis Corneliæ constitueret aduersus eum, qui hereditatem sibi vel legatum scripsisset, Et ait videri Senatum eodem modo illas improbasse, quo improbatæ sunt etiam illæ, *Qua ex parte me Titius heredem ſcriptum in tabulis ſuis reſtauerit ex ea parte heres esto*, Ita significans non obscurè meo iudicio, non tam esse hoc exemplum captatoriarum institutionum à Senatu improbatarū, quàm illas ipsas esse institutiones captatorias quas Senatus improbauit, vt intelligamus non alias huius generis improbatas esse, quàm quæ per huiusmodi formulam sint conceptæ: Cum qua tamen formula nihil commune habet institutio sic concepta *si Titius me heredem inſtituet, heres mihi esto*, Nec si ponas adiecisse testatorem quod tamen ad supraſcriptam formulam propius accederet *si Titius me heredem ex ſemiſſe inſtituet, ex ſemiſſe heres esto*, quia his duabus formulis tametsi eadem condicio eáque semper improbata contineatur, attamen ita continetur vt separari facilè ac commodè possit ab institutione: Ac sublata condicione remanet institutio pura iis verbis absoluta *Titius ex ſemiſſe heres esto* nec dubitari potest ex qua parte sit institutus.

ERROR SEPTIMVS.

De ſententia §. 1. l. illa autem & l. hoc articulo 29. de hered. inſtit.

VNVS tantùm in toto iure noſtro locus eſt qui cum ijs quæ ſuprà diximus, pugnare maximè videatur. Is eſt in *d. l. illæ autem §. 1. D. de hered. inſtit.* Nam poſteaquàm Paulus dixit illas inſtitutiones captatorias non eſſe ſi teſtator ita heredem inſtituat, *Qua ex parte Titius heredem me inſtituit ex ea parte Mæuius heres eſto.* quia non in futurum, ſed in præteritum collata inſtitutio eſt, Subijcitur *ſed illud quæri poteſt, an idem ſeruãdum ſit quod Senatus cenſuit etiamſi in aliam perſonam captationem* (ſic enim legendum eſt non vt vulgò *captionem*) *quis direxerit, veluti ſi ita ſcripſerit* Titius ſi Mæuium tabulis teſtamenti ſui heredem à ſe ſcriptum oſtenderit, probaueritque heres eſto: *quod in ſententiam*, inquit, *Senatuſconſulti incidere non eſt dubium.* Ex quibus verbis apparet non dubitaſſe Paulum quin captatoria & improbata eſſet inſtitutio etiam cuius condicio expreſſa eſſet per figuram condicionis, id eſt per dictionem *ſi* non per illa verba quæ neceſſaria eſſe contendimus *Quanta ex parte* aut quod idem eſt *Qua ex parte.* Poſſet quidem reſponderi nec improbabiliter meo iudicio, totum illum §. Triboniani eſſe non Pauli ſiue formam proponendæ quæſtionis inſpicias, ſiue verba quibus concepta quæſtio eſt, ſiue denique reſponſionẽ quæ affertur ad propoſitam quæſtionem. Nam propoſitio ipſa quæſtionis parum apta eſt, & parum cohærens præcedentibus in quibus nihil Paulus dixit de inſtitutionibus captatorijs, ſed de non captatorijs. Debuerat autem aptari potiùs legi præcedenti, quæ eſt Papiniani, & in qua non niſi de captatorijs inſtitutionibus agitur per Senatum improbatis. Solet autem Tribonianus, cùm opiniones ſuas reſponſis prudentum inſerit, facere id per quæſtiunculas vt plurimùm alienas ab eo ipſo loco cui aptantur. Illa etiã verba quibus in proponenda quæſtione lex vtitur *etiamſi in aliam perſonam captationem direxerit* bonum ſenſum nullum habent. Nec enim latine quis dixerit captationem dirigi in perſonam quæ captat, ſed tantùm in eam quæ captatur. Perſona ſiquidem quæ captat illa eſt quæ captationem dirigit non in quam captatio dirigitur. Et tamen nihil aliud his verbis exprimere Tribonianus voluit, niſi caſum illum quo teſtator non pro ſe, ſed pro alio captare voluerit heredem, vt apparet ex ſubiecto exemplo *Titius ſi Mæuium tabulis teſtamenti ſui heredem à ſe ſcriptum oſtenderit, probaueritque, heres eſto.* Hic enim quid aliud agit teſtator niſi vt Titium heredem ſuum captet pro Mæuio? Non ergo dirigit captationem in perſonam aliam quàm heredis ſui, ſed dirigit pro alia perſona quàm pro ſua, nec dirigitur captatio hoc caſu in Mæuium, ſed in Titium fauore Mæuij. Neque credi poteſt Paulum tam malè ac impropriè vnquam locuturum fuiſſe. Iam verò quàm ineleganter & inconcinnè ad propoſitam quæſtionem reſpondetur ijs verbis *quod in ſententiam ſenatuſconſulti incidere non eſt dubium.* Quid enim attinebat præmittere illud quæri poſſe, quod ſtatim dubium non eſſe dicatur? Solẽtne Paulus aut alius quiſquam ex prudentibus proponere quæſtionem aliquam de re non dubia? An non potiùs ridere tanquam ſtultos eos qui de re non dubia quæſtionem mouent? *l. Domitius 27. D. qui teſtam facer. poſſ.* Poſſet igitur, vt diximus, non improbabiliter defendi totum hunc §. Triboniani eſſe non Pauli, de quo minùs dubitabit qui nobiſcum obſeruauerit tam multa alia ex Triboniani iuriſprudentia & ingenio in reſponſa prudentum irrepſiſſe, Quale inter cætera & in *eod. tit. De hered. inſtit.* illud quod ſcriptum eſt in *l. in tempus 62.* in verbis illis poſtremis *niſi ex aliis apertiſſimis probationibus fuerit reuelatum pro*

qua

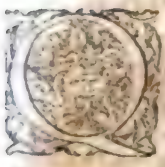
quæ persona testator senserit quod nos iam alio loco pluribus ostendimus. Hoc autem admisso vt is §. 1. Triboniani sit non Pauli parum me moueret obiectio quæ contra sententiam nostram fieret ex autoritate Triboniani cui sollenne est non modò negligere passim, sed etiam peruertere iuris rationem. Sed tamen quoniam difficile est à pragmaticis, & vulgaribus interpretibus impetrare, vt vel Tribonianeas additiones istas agnoscant, vel minorem ijs quàm prudentum responsis autoritatem tribuant, quantacunque ratione vrgeantur, Respondeamus quod illi putabunt fortasse probabilius, ego certè minus probabile, non aliam illius loci sententiam esse, nisi vt in suprascripto illo exemplo *Titius si Mæuium tabulis testamenti sui heredem à se scriptum ostenderit, probauerìque, heres esto.* non eo minùs captatoria sit voluntas, & consequenter à Senatu improbata quòd testator non sibi sed Mæuio caverit tuerit Titium heredem à se institutum non tam vt ei beneficeret quàm vt Mæuio. Sufficit enim captatum esse eum qui heres scriptus fuit, vt captatoria voluntas dici possit, nec illud præterea inquirendum est, cui bono cessura sit ea captatio, licèt Senatus de illa tantùm captatione locutus sit quam testator pro se non pro alio fecerit. Parum namque interest an contra verba an contra sententiam Senatusconsulti quid factum sit. Sed quis erit effectus huius quæ ad senatusconsultum interpretationis? An ille vt tota hæc institutio corruat non minùs quàm si scriptum esset *Quanta ex parte Titius Mæuium heredem instituet heres mihi esto*, Minimè, Neque verò hoc lex ait. Quidni enim licamus condicionem quæ expressa sit per figuram condicionis reiici debere tanquam impossibilem, Ipsam verò institutionem defendi? Sed ille tantùm est è contrario sola condicio tanquam captatoria & à Senatu improbata, atq; hoc ipso impossibilis reiiciatur, quæ alioqui si non magis ad sententiã quàm ad verba Senatus pertineret implenda omnino esset, priusquàm Titius ex institutione fieri heres posset exemplo alterius condicionis cuiuslibet non improbatæ, Vt in *l. hoc articulo 29. eod. tit.* vbi Pomponius ex Labeone scribit, si testator ita dixerit *Titius & Seius quanta quisque eorum ex parte heredem me habuerit scriptum heres mihi esto* nisi omnes habeant heredem scriptum testatorem, neutrum heredem esse posse, quoniam ad omnium factum sermo ille refertur. Adde, nec captatoria & improbata condicio est quæ in præteritum tempus collata fuit. Habuit enim id Pomponius pro tam certo vt nec de illo dubitet, Non magis quàm de validitate institutionis, quæ haud dubiè tota corrueret si condicionem captatoriam contineret, quippe quæ non per figuram condicionis expressa sed per dictionem illam *quanta ex parte* separari ab institutione nullomodo posset. Non ergo sine effectu est quod dicimus in specie §. *1. d. l. illæ autem*, captatoriam esse condicionem & à Senatu improbatam vt impune contemni possit, nec tamen viciosam aut improbatam faciat institutionem, quia non adeò cohæret institutioni vt commodam non reciperet separationem. Atqui, dicat aliquis, proposita erat quæstio, An in hac specie idem dicendum esset quod Senatus censuit. Sic enim habent verba quæstionis. Senatus autem vt iam inculcaui sæpius, non tantùm condicionem institutionis captatoriæ sed ipsam quoq; institutionem improbauit. Ergo & in hac specie voluit Paulus, si modò Pauli locus est non magis institutionem hanc valere quàm condicionem, tametsi figura condicionis expressa proponeretur. Respondeo, ita quidem propositam fuisse quæstionem, sed non ad eam responderi, quod supponit obiectio idipsum in hac specie seruandum

esse, quod Senatus censuit, at hoc tantùm, Non esse dubium quin testator in sententiam Senatusconsulti inciderit, quod vtique sic accipi nihil vetat quomodo volumus, vt perinde captatoriam adscripserit condicionem, & consequenter reiiciendam, acsi heredē suum Titium captasset pro seipso non pro Mœuio: nec ideò tamen institutio tota improbanda sit, quæ scilicet etiam explosa condicione possit salua subsistere, Nimirum si condicionis figura expressa sit vt in proposito exemplo, non item si poneres conceptam huiusmodi condicionem per eam formulam qua Senatus vsus est in exprimendis iis institutionibus captatoriis, quas improbauit, id est per verba illa *Quanta ex parte*, quomodo ponendum necessario esset si velles eandem in omnibus rationem constituere huiusmodi voluntatis captatoriæ quæ cæterarum omnium à Senatu improbatarum. Quid enim est quod nos cogat idem ius constituere in iis casibus qui habeant diuersitatem maximam & rationis quæ semper potissimùm spectanda est, & verborum? Illud sane constat vel ex ipsius siue Pauli siue Triboniani confessione, Senatum neq; de hoc posteriore casu quicquam constituisse, neque in captatoriis institutionibus improbādis eam speciem tractasse in qua esset per figuram condicionis expressa condicio, quæ captatoriam faceret institutionem. Pone igitur iisdem verbis cōceptam vtramque institutionem & eam de qua Senatus locutus est, & eam de qua Paulus quærit, hac sola differentia quòd in vna testator heredē suum captauerit pro seipso, in altera pro Mœuio. Admittam quod voles, vtroque casu improbatam esse non tantùm condicionem institutionis, sed institutionem quoq; ipsam, Atque ita satisfecero ei quod lex ait idem in hoc casu obtinere quod in alio Senatus censuit, Nam neque hoc aliter dici potest quàm si in vtroque casu eadem verborum formula vsurpetur. Sed si ponas captatoriam condicionem institutionis conceptam esse per expressam figuram cōdicionis, vt in exemplo illo de quo *in d.l. illa autem* §. 1. in hunc modū, *si Mœuium tabulis testamenti sui heredem à se scriptum ostenderit* non per verba illa *quanta ex parte*, quibus Senatus vsus est in iis exprimendis & concipiendis institutionibus quas tanquam captatorias improbauit: Admittam equidem perinde captatoriam esse condicionem huius institutionis, & quod omnino consequens est a Senatu improbatam, sed negabo ipsam quoque institutionem improbatam esse, quia nec necesse est, cum reiecta cōdicione tanquam alia qualibet impossibili possit salua manere institutio, præterquàm si poneres suum heredem, qui non nisi sub potestativa condicione institui potest, sub eiusmodi condicione institutum fuisse, *d. l. filius* 15. *de condic. instit.* iunct. *l.* 4. *D. de hered. instit.* Nec eo minùs tamen verum erit quod lex ait testatorem hunc qui captatoriam condicionem institutioni adiecerit non pro se sed pro Mœuio, expressa figura condicionis perinde incidere in sententiam Senatusconsulti, sed quantum ad solam condicionem improbandam, quæ sanè non improbaretur si verba Senatusconsulti mordicùs sequeremur, nec vllam ad ea interpretationem adhiberemus.

ERROR OCTAVVS.

De formulis exemplorum positorum in d. l. illa autem §. 1. *l. Clemens* 81. §. 1. *d. hoc articulo* 32. *D. de hered. instit.*

Quamquam



VAMQVAM hoc etiam admisso, adhuc tamen suspectum mihi valde est, exemplum illud *Titium si Mæuium tabulis testamenti sui heredem à se scriptum ostenderit, probaueritque, heres esto.* Videtur enim his verbis concepta esse condicio in tempus præteritum non in futurum, ac proinde non magis captatoria dici ex regula posita initio eiusdem legis quàm illa de qua *in d.l. Clemens §. 1. quanta ex parte me à Titio heredem instituturum recusasset*, aut illa de qua *in d.l. hoc articulo 39. eod.* quæ ad nostram propius accedit, *quanta ex parte heredem me scriptum habuerit heres mihi esto.* Quid enim refert potest an testator ita dixerit *heredem me scriptum habuerit*, vt in *d. l. hoc articulo*, an vero *heredem scriptum ostenderit probaueritque* vt in *d.l. illa autem §. 1.* An non eiusdem temporis sunt verba illa, *habuerit, ostenderit, probauerit?* Et tamen nemo dubitat, quin ea institutio valeat, de qua *in d.l. hoc articulo* tanquam quæ captatoria videri non possit, quia concepta sit per verba præteriti temporis & in præteritum tempus collata non in futurum. Ideóque nimirum exigit Pomponius impletam esse condicionem illam ab eo qui ex eiusmodi institutione heres esse velit, Adeò vt si pluribus iuncta sit per articulum *quisque* vt in specie de qua in eo loco *Titius & Seius quanta quisque eorum ex parte heredem me habuerit scriptum, heres esto.* non putet Labeo nec Pomponius quemquam ipsorum heredē esse posse, nec si iam tùm habeat scriptum testatorem, quàm si omnes scriptum habeant, propterea quòd hoc articulo *quisque* omnes significentur, & ad omnium factum verba condicionis referantur. Cur ergo non perinde valebit institutio de qua *in d. illa autem §. 1. si Mæuium à se scriptum ostenderit, probaueritque.* Nam si dicas verbum *ostenderit* posse esse subiunctiui tēporis futuri non præteriti, nec nisi de ea ostēsione ac probatione posse intelligi quæ fiat post testamentum, & qualitatem illam adnexam *scriptum* quæ haud dubiè per se sumpta nihil nisi præteritum tempus exprimit in eligendā esse secundum tempus verbi, *ex vulg. l. 4 §. si extraneus D. de noxal. act.* Iaē ego dicam de verbo *habuerit*, déq; tota illa formula *scriptū habuerit* de qua *in d.l. hoc articulo*, & quæ separāda est ab illa *si Mæuium heredem scripserit.* Maior enim est ambiguitas in verbo *scripserit* vt futuri temporis possit habere significationem, quàm in illo *scriptum ostenderit*, quia dictio *scriptum* præteriti temporis semper est, nunquam futuri. Atque ita saltem assequar vt fatendum sit ineptum fuisse illum qui in *d.l. illa autem §. 1.* exemplum hoc posuit de quo disputamus quisquis ille fuit: qui scilicet verbis tam ambiguis, & primo sensu in præteritum tempus collatis expressit condicionem hanc quasi captatoriam, de qua tamen etiamsi in futurum tempus collata diceretē fuisset iam satis dubitari poterat an habenda esset pro captatoria, & à senatu improbata propter insertam personam Mæuij pro quo facta erat captatio non pro testatore. Itaque siue dicas fuisse casum hunc dubitabilem quod prima illa verba præ se ferunt *sed illud quæri potest* cùm de hoc casu nihil Senatusconsulto expressum esset, cuius tamen dispositio minùs fauorabilis videbatur tanquam institutionibus & testamentis contraria, Non debuit ingeri dubitatio ex ambiguitate verborum, siue malis casum hūc esse indubitatū ob verba illa postrema eiusdem *§. non est dubium*, tanto minùs debuit ea condicionis formula proponi quæ ambiguitatem aliquam verborum haberet ac de qua posset dubitari an in præteritum tempus collata esset an in futurum, præsertim cùm in dubio esset multò æquius eam capere interpre-

tationē quæ condicionem ad tempus præteritum referret, non ſolùm quòd primus & magis obuius verborum ſenſus id ſuadere videretur vt apparet *ex d.l.hoc articulo*, in qua nec diſtinguitur quomodo alioqui haud dubiè diſtinguendum erat, an de futuro tempore teſtator ſenſiſſet, an de præterito, ſed etiam fauore inſtitutionis & condicionis quoque conſeruandæ, vt in dubio teſtator potiùs ex legibus quàm contra leges diſpoſuiſſe exiſtimetur, eáque ſumatur in ambiguis interpretatio quæ vicio caret *l.in ambigua 19. D.de legib.l.3.de reb.dub.* iunct. *l.quoties in actionibus 13.eod.tit.* Maxime cùm ſi quid in eo eſſet obſcuri, tempus teſtamenti potiùs quàm futurum à teſtatore cogitatum videri deberet *l.ſi ita 7.de aur.& argent.legat.* Deniq; tametſi admitterem hæc verba poſſe trahi ad futurum, nemo tamen dubitat, quin longè probabilius poſſint aptari ad præteritum, quod ſufficit vt non poſſit indubitatè dici quod lex ait huiuſmodi condicionem quaſi captatoriam non valere. Proinde quamuis non ſoleam valde laborare cùm aliquid in prudentum reſponſis occurrit quod à ratione ac iuriſprudentia abhorreat, vtrum id Triboniano adſcribam, an malo cuipiam interpreti, adeò parum videtur mihi Tribonianus à malo diſtare interprete, facilè tamen ſi aliud nihil moueret, admitterem totam illam clauſulam *veluti ſi ita ſcripſerit, Titius ſi Mæuium tabulis teſtamenti ſui heredem à ſe ſcriptum oſtenderit, probauerítque, heres eſto*: imperiti eſſe interpretis, qui non minùs ignoraſſet quod nos contendimus quoties de captatoria inſtitutione improbanda agitur debere concipi formulam condicionis per verba illa *quanta ex parte* quàm quod omnes ſciunt iis verbis *ſcriptum oſtenderit probauerítque* præteritum aut ſaltem præſens tēpus ſignificari acſi teſtator ita ſcripſiſſet *ſi Mæuium iam à ſe ſcriptum habuerit d.l.hoc articulo.* Debuerat enim exemplum ità concipi vt futurum tempus præciſè demonſtraretur hoc modo *ſi Mæuium heredem ſcribet*, vel ſaltem ita *ſi Mæuium heredem ſcripſerit* quod verbum futuri temporis ſubiunctiui eſſe poſſet perinde ac præteriti, cùm in tota formula nihil aliud eſt, quod ad præteritum tempus referatur.

ERROR NONVS.

De Triboniani manu agnita in d.l.hoc articulo.

ILLVD planè non poſſum prætermittere, eandem me Triboniani manum agnoſcere *in d.l.hoc articulo* ab illis verbis *in quo puto teſtatoris mentem reſpiciendam* ad finem vſque. Nam cùm initio legis Pomponius ſcribat abſolutè, nec tam ex Labeonis quàm ex ſua ſententia hoc articulo *quiſque* omnes ſignificari. non potuit ille dubitare quin ea in ſpecie quam ſubiūgit ex Labeone idem ſenſerit quod Labeo, ſcilicet teſtatore ita locuto *Titius & Seius quanta quiſque eorum ex parte heredē me habuerit ſcriptum, heres mihi eſto.* niſi omnes iam tum habeant heredem ſcriptum teſtatorem neutrum heredem eſſe poſſe, quoniam ad omnium factum ſermo referatur, cui etiam conuenit quod ſcriptum eſt *in l. neceſſarias 8. §. ſi annua D.de pignor.act.* Neque ſanè ex ratione iuris aliter dici poteſt. At quoniam ea ſententia durior Triboniano videbatur exiſtimanti æquius eſſe ac humanius, vt ſi ex heredibus qui teſtatorem ſuum ex aliqua parte heredē

ſcri-

ſcripſerit non debeat nocere, quod alius non æquè ſcripſerit, vt hanc ſuam humaniorem & æquiorem ſententiam inſinuaret, commutauit primùm ſententiam Pomponij & Labeonis ſubnixam vero & aperto ſenſu verborũ de quo nec dubitari probabiliter poterat, in quæſtionem voluntatis per hæc verba *in quo puto teſtatoris mentem reſpiciendam.* Quamquam eſſet hoc tolerabile ſi in eo conquieuiſſet. Certum enim eſt in condicionibus teſtamentorum interpretandis, voluntatem teſtatoris potiſſimùm ſpectandam eſſe *l. in condicionibus* 19. *l. pater Seuerianam* 101. *in princip. de condic. & demonſtr.* Dummodò addamus, Ei tamen incumbere onus probandi qui alleget voluntatẽ diuerſam à proprio ſenſu verborum *l. non aliter* 69. *de leg.* 3. *l. Labeo* 7. *de ſupell. legat.* Sed non in eo conquieſcit Tribonianus, At poſtquam ex quæſtione verborum ſi quæſtio dici poteſt de indubitabili fecit quæſtionem voluntatis, Statim ſubiicit humanius eſſe, eum quidem qui teſtatorem ſuum heredem ſcripſerit in tantam partem heredem ei fore, Qui autem non ſcripſerit nec ad hereditatem eius admitti. Quod ſi ita eſt fateamur ergo non ſolùm falſam eſſe Labeonis ſententiam qui hoc caſu neutrum heredẽ eſſe volebat, ſed etiam falſum eſſe quod ex ſuo ingenio Pomponius initio legis præfatur hoc articulo *quiſquis* omnes ſignificari, Et ita Pomponium non modò à Labeone ſed à ſeipſo quoque tandem diſſentire. Hoc verò quis tam facilè poſſit credere? Taceo quod humanitates iſtas ſolet paſſim captare Tribonianus vt iuris rationem eludat, quodq; parum elegans videtur tota hæc additio quam adſcribimus Triboniano.

ERROR DECIMVS.

De ſententia l. ſi plures 6. C. de condic. inſert.

TRIBONIANVM proculdubio fefellit Iuſtiniani conſtitutio cuius ille autor fuit & quę extat *in l. ſi plures 6. C. de condic. inſert.* vbi ſancitum eſt vt ſi plures perſonæ vnam eandémque condicionem implere fuerint iuſſæ, & eam alij quidem compleuerint, alij verò neglexerint, hi quidem qui compleuerunt vocentur ad lucrum, qui verò neglexerunt, ſibi imputent ſi ab huiuſmodi commodo repellantur. Nec animaduertit Tribonianus, nouam illam conſtitutionem præterquàm quod à vera iuris veteris ratione abhorret quæ nonnihil exigit vt pluribus cõiunctim adſcripta condicio ab omnibus impleatur, quàm vt ſi plures coniunctim vni adſcriptæ ſint omnes impleantur *l. ſi heredi plures* 5. *de condic. inſtit. l. cùm pupillus* 78. §. 1. *de condic. & demonſtr.* ad hunc Pomponij & Labeonis caſum accommodari nullo modo poſſe. Eſt enim Iuſtiniani conſtitutio de adſcripta pluribus condicione quæ verè ſit condicio, id eſt quæ collata ſit in tempus futurum: Et habet colorem illum æquitatis quòd durum videatur & inhumanum, vt ex facto & culpa eius qui condicionem ex parte ſua implere neglexit, noceatur ei qui ex parte ſua impleuit. At Labeo & Pomponius eum caſum tractant quo condicio nulla verè ſit, ſed figura tantùm quædam condicionis vtpote collatæ in tempus præteritum non in futurum, quæ condicionis poteſtatem numquam obtinet *l. itaque* 39. *cum duab. præced. D. de reb. credit.* vbi dicitur condiciones iſtas in

BIBLIOTECA NAZ. ROMA VITTORIO EMANUELE

præsens aut præteritum tempus collatas vim suspensiuam non habere in quo tamen præcipua condicionis potestas consistit. Proinde non potest in hac specie locus esse supra dictæ æquitati, nec ipsi Iustinianeæ constitutioni cùm implendæ condicionis voluntas aut noluntas nulla esse possit in ea re quam iam antea factam fuisse necesse est vt condicio impleta videatur. Denique tractat Pomponius de condicione quam ipso iam testamenti tempore testator voluerit vel impletam esse vel non impletam & quidē ab ignorantibus condicionem,adcóque impletam non animo implendæ condicionis,cùm non potuerint Titius & Seius eo tēpore quo testabātur diuinare futurū vt ab alio heres quisq; eorum scriberetur sub ea cō. icione, si vicissim eorum quisq; testatorem iam tum heredem scripsisse inueniretur,Nec proinde possis ei imputare qui alium heredem scripsit cur testatorem hunc heredē non scripserit, & condicionē nondum inuentam implere neglexerit vt ob eā causā priuādus sit cōmodo institutionis, ad quā potius admitti deberet cùm nihil possit ei imputari,si vera est & accōmodata ratio quā adfert Iustinianus *in d l.si plures*,propter quam debeat repelli ab hereditate is qui condicionem non impleuit , nimirùm quòd imputare sibi debeat cur eam implere neglexerit.Iustinianus verò tractat de condicione implenda post testamentum,ex testatoris voluntate , ac proinde quametsi iam impleta esset ante testamentum,iterum tamen impleri oporteret *l.si iam facta* 11. *De condi. & demo. ſtr.*& cuius implendæ vel non implendæ arbitrium fuerit in eorum potestate quibus adscripta condicio est,vt lucrum sentiat qui impleuit, non etiam qui neglexit,cùm imputari huic possit quòd neglexerit, qui poterat implere si voluisset.Quamquam si verum amamus non est hæc vera ratio & germana propter quam repelli debeat is qui condicionem non impleuit, Nempe quòd non impleuerit eique imputari possit, sed illa sola quod condicio impleta non sit.Adscripta enim condicione aliqua de hoc tantùm quærendum est an de facto impleta sit necne, non de illo etiam cur impleta non sit,& an imputari aliquid possit ei qui non impleuit,Nisi cùm is qui implere debuit,voluit,nec tamen potuit quia per quem alium steterit vt in *l iure ciuili* 24. *eod. tit. l. in omnibus* 59.*l. in iure ciuili* 161.*de reg.iur.* Neque tam debuit Iustinianus laborare *in d.l.si plures*,vt rationem redderet, cur ab institutionis commodo repelli debeat is qui condicionem non impleuit,cùm ratio iuris non solius æquitatis eum repellat,Quàm vt rationem redderet eius noui iuris,quod constituit contra ius vetus vt is qui ex parte sua impleuit condicionem quæ pluribus coniunctim adscripta,& à pluribus coniunctim quoque implenda fuerat,perinde admitteatur tametsi solus ille impleuerit, atque si alius etiam ex parte sua impleuisset.Repugnabat enim certe ratio,nec tantùm stricti iuris sed etiam voluntatis contra quam nulla vnquam æquitas vrgere potest.Opponitur nāmq; æquitas summo & stricto iuri,non autem voluntati. Excipitur tantùm is casus quo libertas pluribus data sit sub aliqua huiusmodi condicione indiuidua,vt puta *Si insulam ædificauerint*, vel *si statuam posuerint*.Tunc enim altero faciente magis est vt videatur satisfactum voluntati vt is saltem qui satisfecit ad libertatem perueniat, Nisi aliud testator expresserit, quomodo scriptum est *in l.si ita fuerit* 13.*in princip. D. de manum.testam.*Nam in aliis rebus aliud iuris esse apparet *ex* 9.1.*eiusd.leg.*vbi scriptum est Si fabris duobus vel pictoribus quid adscriptum sit sub vnica illa condicione, *Si membrum domus depinxissent*, vel *Si fabricassent nauim*, quoad

alter

alter ceſſat, alteri quoque etiamſi facere maximè paratus ſit condicionem deficere, Niſi ex his quæ ſcripſit vel dixit teſtator oſtendatur contentus eſſe alterum facere. Etſi videtur Vlpianus eo loco de hoc dubitaſſe, quaſi quæſtio eſſet voluntatis potius quàm iuris. In quo etiam Triboniani manū agnoſco, qui dubitantem Vlpianum fingit vt quaſi in quæſtione voluntatis aperiat viam nouæ cōſtitutioni. Nec enim alius Vlpiani locus eſt in libris noſtris ad quem ea Iuſtiniani conſtitutio referri poſſit. Dixi autem de condicione indiuidua, quoniam ſi eſſet diuidua, puta ſi in danda pecunia conſiſteret, iam olim ita ius erat vt ex pluribus quibus adſcripta erat condicio is qui partem ſuam dediſſet, ad partem quoque rei legatæ admitteretur *l. ſi quis legata* 54. *§. vlt. De condic. & demonſtr.* Atque ita Accurſius quoque & Bartolus ſentiunt.

ANTONII FABRI I. C. SEBVSIANI SENATORIS SABAVDIENSIS, ET IN GEBENNENSIS DVCATVS AVDITORIO PRAESIDIS.

DE ERROR. PRAGMAT. ET INTERPR. IVR.

DECAS LII.

ERROR PRIMVS.

De fideicommiſſis captatorys.

QVEMADMODVM poteſtas Senatuſconſulti quod de captatorijs inſtitutionibus improbandis factum fuiſſe diximus in præcedentibus, tracta eſt per interpretationem prudentum ad legata captatoria *l. captatoria* 64. *de legat.* 1. Ita nec dubitant interpretes noſtri quin ad fideicommiſſa quoque porrigi debeat. Non ob id ſolum, quòd in omnibus & per omnia, vt putant, exæquata ſint legata fideicommiſſis *l.* 1. *de legat.* 1. *l.* 1. *C. commun. de legat.* Sed etiam quia non magis æquum ſit fideicommiſſa quàm legata in alterius voluntatem conferri *l. nonnumquam* 52. *D. de condic. & demonſtr. l. vtrum* 7. *§.* 1. *de reb. dub. l. fideicommiſſa* 11. *§. quamquam autem de legat.* 3. Sic enim ſemper ſupponunt Captatoriam voluntatem eſſe omnem eam, quæ in alterius arbitrium conferatur, puta ſi teſtator fideicommiſſum ita reliquerit *Rogo te Titi vt hereditatem meam reſtituas Sempronio ſi volueris* aut etiam hoc modo, *Si Manius voluerit*, quam ſpeciem voluntatis certum eſt non valere præterquàm fauore liber-

Digitized by Google

tatis *l. fideicommissa 46. D. de fideic. libert.* Ego autem etsi non nego inane fideicommissum esse quod positum sit in nuta & voluntate heredis, Nego tamen ideò esse captatorium, multóque minus si in alterius, quàm heredis voluntatem conferatur, Nego fieri vllo modo posse, vt fideicommissum vllum sit captatorium, & vt Senatusconsultum quo captatoriæ institutiones improbatæ sunt, porrigi possit ad fideicommissa, licet à prudentibus fuerit porrectum ad legata. Mouet me illud primùm quòd cùm in iure nostro fiat mentio captatoriarum institutionum, itémque captatoriorum legatorum, nusquam tamen sit mentio captatorij fideicommissi. Fit quidem perfæpe mentio fideicommissi in heredis, aut alterius arbitrium collati. Et hoc nimirum est quod interpretes omnes decepit, sed non quasi captatoria sint eiusmodi fideicommissa, quæ in alterius voluntatem conferuntur. Omnis voluntas captatoria quæcunque tandem illa sit confertur ad secretum alienæ voluntatis, Sed non è conuerso, voluntas omnis quæ in secretum alienæ voluntatis confertur captatoria est, at illa tantùm quæ ideò confertur vt persona aliqua captetur ad hereditatem vel quid aliud relinquendum ipsi testatori, aut alij cuius gratia captare testator velit, vnde & suum nomen captatoria voluntas sumpsit, Vt videre est in omnibus illis exemplis quæ capite præcedenti attulimus ex ijs locis quos libri nostri habent de captatoria institutione. Neque verò existimandum est, quod existimarunt interpretes, captatorias institutiones à Papiniano definiri *in l. captatorias* 70. ijs verbis *sed eas, quarum condicio confertur ad secretum alienæ voluntatis* quasi captatoriæ institutiones, sint omnes illæ quæ condicionem habent in alienæ voluntatis secretum collatã: sed voluit Papinianus eã qualitatẽ exprimere non quæ sola faceret institutionẽ captatoriã, sed quæ sola faceret vt ea institutio esset à Senatu improbata. Nõ. n. Senatus omnes captatorias institutiones improbauit, puta illas quę mutuis adfectionibus mutua testatorũ iudicia prouocauerũt, sed eas tantùm per quas persona sic captatur vt institutionis condicio in secretum alienę voluntatis conferatur. Aliud ergo est quærere quænam captatoria institutio dicenda sit, Aliud verò quænam improbata. Captatoriæ institutionis substantia in eo tantùm consistit quòd persona heredis instituti captatur vt vel hereditatem vel legatum relinquat testatori aut alij cui testator non minùs quàm sibi fauere velit. Sed cùm ex huiusmodi captatorijs institutionibus aliæ essent quæ conferuntur ad secretum alienæ voluntatis, Aliæ quæ non conferuntur, voluit Papinianus docere, Non omnes à Senatu improbatas fuisse, sed eas tantùm quæ prioris sunt generis. Cæterùm etiam institutiones illæ quæ conferuntur ad secretum alienæ voluntatis possunt non esse captatoriæ, quamuis non possint esse non improbatæ, puta si testator dixerit *Ille quem Titius volet heres esto* vt *in l. illa institutio 31. de hered. instit.* aut quod effectu idem est *Sempronius heres esto si Titius volet.* Nam neque hæc, neque illa institutio valet, non magis quàm si esset captatoria, sed quia contra iuris veteris regulas pendet ex alieno arbitrio, non quia sit captatoria, Ideóque non à Senatu improbata est quomodo captatoriæ illæ quæ non nisi post Senatusconsultum cœperunt esse improbatæ, sed ab ipsis antiquis prudentibus, vt scriptum est in *d. l. illa institutio*, & nos diximus in præcedentibus. Sed & cùm captatoriæ institutiones etiam illæ quæ in alienæ voluntatis secretum conferuntur, non tam à iuris ratione quàm à Senatu improbatæ sint, ita vt ante Senatusconsultum valerent iure ciuili (alioqui frustra factum fuisset Senatusconsultum ad

eas

as improbandas) intelligimus non potuisse Senatum cogitare de improbandis fideicommissis captatoriis, nec si aliqua possent fingi talia fideicommissa, siquidem numquam fuerunt fideicommissa iusta & legitima, id est iuri ciuili ac legibus cognita & adprobata, qualia tamen fuisse oporteret vt à Senatu improbarentur, sed pendent tota ex iurisdictione prætoris. *l. 3. D. si vi iusfr. petet. & Tit. de codicill. Instit.* In quo maximè differunt à legatis, de quibus etiam aliquid separatim nobis dicendum est.

ERROR SECVNDVS.

De legatis captatoriis ad l. captatoria 64. de leg. 1.

CVM lex duodecim tabularum de legatis locuta esset ad ea confirmanda verbis illis generalissimis *Paterfamilias vti super sua re legassit, ita ius esto* fieri non poterat vt etiam illa, quæ captatoria essent non valerent si non essent à Senatu aut saltem à prudentibus Senatusconsultum interpretantibus & quasi ex mente Senatus improbata *d. l. captatoria 64. de legat. 1.* Ideóque quod Senatus constituerat in captatoris tantùm institutionibus, prudentes traxerunt per interpretationem ad legata captatoria vt similiter ea improbarent *d. l. captatoria*: *Similiter* inquam id est eadem ratione qua Senatus improbauerat captatorias institutiones, & eisdem casibus. Ergo non alia legata quàm quorum condicio collata sit in arbitrium alienæ voluntatis. Ergo nec alia quàm condicionalia. Nec rursus alia quàm quorum condicio sic collata in alienam voluntatem ita cohæreat legato vt ab eo separari nullo modo possit, puta si testator ita scripserit: *Quanta hereditatis fuæ partem Titius mihi legauerit, tantam ei ex mea do lego*, aut etiam si voles *Quantam Titius ex fundo suo Corneliano partem mihi legauerit, tantam ei ex fundo meo Sempronio do lego.* Nam si poneres testatorem ita scripsisse *lego Titio fundum Cornelianum, si me heredem instituet*, aut ita *si legauerit mihi Sempronianum* faterer equidem captatorias esse huiusmodi condiciones, ideóque post Senatusconsultum quod de captatoriis institutionibus factum est, etiam & legatis improbandas: sed negarem tamen improbata & inualida esse talia legata, quippe quorum nihil vetet reiici condicionem, saluo nihilominùs & iuro manente legato, perinde ac si sub alia qualibet condicione vel improbata vel impossibili relicta essent, quomodo circa institutiones disputauimus & superioribus *ex l. 1. l. filius 15. D. de condic. instit. l. 3. de condic. & demonstr.* Deinque eandem in omnibus & per omnia constituo rationem institutionum & legatorum, quod pertinet ad causam istam voluntatis captatoriæ, quia tam iusta & cognita erant legata quàm institutiones iure ciuili, si non eodem iure ciuili fuissent improbata. Et consequenter si ponas legatum ita relictum fuisse vt siue ex heredis siue ex alterius arbitrio pendeat dicam non valere: Non propter autoritatem Senatusconsulti, nec propter adhibitam à prudentibus id Senatusconsultum interpretationem, sed ex illa eadem iuris veteris regula quæ similes quoque institutiones nullas & vitiosas facit. Nempe quòd testamentorum iura ipsa per se firma esse oporteat non ex alieno arbitrio pendere *d. l. illa institutio.* Quod cùm ita sit non abhorre quis miretur, quare fuerit necessarium Senatusconsultum ad improbandas eas institutiones quæ collatæ

essent in secretum alienæ voluntatis,cùm iuris veteris regula in eam rem sufficere videretur.Sed iam diximus in præcedentibus regulam iuris ad eas tantum voluntates pertinere quarum substantia ipsa,Senatusconsultum verò ad eas quarum sola condicio confertur in secretam alterius voluntatem:condicio autem non quomodolibet concepta, sed ita vt ab ipsa dispositionis substantia separari non possit.Cùm igitur tam in institutionibus,quàm in legatis generale ac perpetuum illud sit,vt captatoria voluntas ex eo solo æstimetur si qua persona captata sit per institutionem,aut per legatum, vt vicissim vel hereditatem vel legatum testatori ipsi, aut alteri contemplatione testatoris relinqueret, apparet nihil tale in fideicommissis tractari posse. Nimirum quia cùm fideicommissa pendeant à fide heredis, si originem eorum inspicias & tempus illud quo ea nullo iuris vinculo continebantur, cúmq; etiamnum facto aliquo heredis opus sit vt fideicommissi restitutio fiat, omnino consequens est vt non aliter possit quis vel solo intellectu fingere sibi fideicommissum vllum captatorium, quin necesse sit captari personam heredis cuius facto & voluntate opus erit ad fideicommissum consequendum. Persona siquidem illa propriè est quæ captatur,non vt vulgò existimant sola hereditas,aut solum legatum,aut quid aliud simile, cuius consequendi auiditate moueatur quis ad captandam personam. Quod appositè Martialis expressit disticho illo lib.6.Epigramm.

Scis te captari,scis hunc qui captat auarum,
Et scis quid captet,quid Mariane velis.

Sicut è contrario licèt captatio nulla fiat quin vel hereditas vel legatum vel quid aliud interueniat, cuius capiendi auiditate velut hamo aureo capiatur is qui captatur,*l.1.D.si quis aliq.testar. prohib.l si maiores* 25.*C.de transact.* vt & emolumenta negotiationibus captari dicuntur *l.1.C.de commerc.*non tamen hereditas ipsa est quæ captat,nec legatum, sed persona illa quæ vel hereditatem vel legatum alteri relinquit.Nec enim sine aliquo munere, & quidem quod maioris precij esse videatur,fit captatio.Et hoc ipsum munus est quod nos captatorium appellamus, & quod improbatum esse dicimus, siue hereditatis munus illud sit,siue legati.

ERROR TERTIVS.

De formulis legatorum & fideicommissorum captatoriorum.

FINGE igitur ita esse relictum fideicommissum, *Rogo te mi heres vt hereditatem meam Titio restituas,quanta ex parte is heredem suum rogabit vt mihi suam restituat.* Dico non posse hoc fideicommissum videri captatoriũ, quia Titij heres per cuius manus testator hic fideicommissum percipere debeat nõ potuit per testatorem captari. Hoc verò cur ita? Nempe quia heredis persona est incerta,cùm sciri nequeat quis Titio heres futurus sit, *l. sciendum* 70. *de verb.signific.l.qui ex liberis* 8.*§.vlt.De vulg.& pupill.substit.* quod tamen certò sciri necesse esset vt eius persona captaretur. Nec est, quòd quis replicet captatam supradictis verbis personam Titij quæ est certa, cùm sufficiat relinqui à Titio fideicommissum vt ab eius herede quisquis ille futurus sit, debeatur,

beatur, neque esse necessarium vt heredis persona captetur, qui recusare non possit quominùs fideicommissum sibi iniunctum præstare teneatur. Nam etsi captatam quis admiserit Titij personam, vt fideicommissum ab herede suo relinqueret, inanis tamen & inutilis est ea captatio, si non heredis quoque persona captetur, cuius voluntas & opera æquè necessaria est ad fideicommissum restituendum: Inspecto scilicet initio & prima illa origine fideicommissorum, quæ haud dubiè spectanda semper est cùm de illorum iure, natura, & condicione tractatur. Qui enim captat id agit vt commodum quod sibi acquiritur sibi certum faciat in eum casum quo captatoriæ voluntatis conditionem impleri contingat, vt puta si sic scripserit, *Qua ex parte Titius me heredem instituet, ex ea parte heres mihi esto.* Nam hic neque alia neque alterius alius indiget voluntate, vt Titio sit heres, si modò erit superstes, quomodo superstitem esse ponendum necessariò est, vt posset fieri locus quæstioni de captatoria voluntate, cùm alioqui etiam remoto vicio captationis non esset quærendum de validitate institutionis quæ præmortuo herede facta esset quasi caduca vt neque si condicio eius defecisset *d. l. Clemens §. 1. D. de hered. instit.* At in formula fideicommissi captatorij quam attulimus, nihil egit testator si non heres quoque Titij restitutioni fideicommissi consentiat, qui porrò vt consentiat nulla ciuili actione cogi potest, sed tantùm ex imperio & iurisdictione prætoris fideicommissarij, ad quem spectat initio fideicommissorum. Non est igitur quod de fideicommisso captatorio in suprascripta formula tractari possit. Multo minùs verò si ponas condicionem fideicommissi huius illam fuisse, vt vellet testator rogari heredem Titij, non de hereditatis parte restituenda sed de re singulari, cùm si heres Titij, vt tale fideicommissum eluderet, adire hereditatem nollet, cogi non posset ad adeundum neque ex senatusconsulto Pegasiano, neque ex imperio Prætoris, cùm fideicommissarius singularis non sit iuris successor, *l. non est cogendus 52. D. ad SC. Trebell.* atque ita nihil prodesset testatori quòd Titium captasset, non captato Titij herede. Dices, eandem rationem habituram locum in legato, quia non magis cogi heres potest vt adeat hereditatem ob legatum, quàm ob fideicommissum, quia nec magis successor iuris est legatarius, quàm fideicommissarius. *l. quædam 9. §. nihil interest. D. de edend.* Et tamen certum est legatum captatorium non valere, sicut nec institutionem. *d. l. captatoriæ.* At respondeo, cùm de legato captatorio tractamus, non ita concipiendam esse formulam exempli vt testator dixerit *Lego Titio fundum Cornelianum, quanta ex parte ille mihi legabit fundum Sempronianum.* Eadem videlicet ratione, quā in fideicommisso vsurpauimus, quod esset in potestate heredis Titiani facere ne testator hic haberet vnquam fundum Sempronianum. Non quidem eo casu quo adiretur hereditas per Titij heredem (tunc enim transiret legatum recta via à testatore in legatarium nunquam factum heredis cuius proinde facto nullo esset opus, *l. legatum 80. de legat. 2.* in eóq; differret legatum à fideicommisso) Sed eo demum casu quo recusaret heres adire hereditatem, non enim magis cogi posset ad adeundum propter legatum quàm propter fideicommissum *d. l. non est cogendus.* Atque ita est in potestate heredis instituti facere vt legata corruant si ius illud vetus inspicias quod obtinuit toto iure Digestorum & Codicis ante nouell. 1. *De hered. & falcid.* quæ ipsi etiam legatario, recusantibus heredibus & fideicommissariis adeundæ hereditatis potestatem fecit. Quomodo igitur concipiemus formulam legati-

captatorij? Hoc nimirum modo *Qua ex parte Titius me heredem instituet, ex ea parte heredi atem meam aut fundum meum Sempronianum ei do lego.* Vt nimirum non alterius quàm Titij voluntatem exquirendam habeat testator qui legato Titium captauit: Et de hac demum formula legari accipienda est *d.l.captatoria*, non de illa, cuius condicio collata in secretum voluntatis Titij non aliter possit existere, quàm si ad voluntatem Titij accedat voluntas quoque heredis ipsius. Replicabis, Posse igitur secundùm hanc formulam fideicommissum quoque captatorium fieri hoc modo *Qua ex parte Titius me heredem instituet, rogo te mi heres vt ei partem tantã hereditatis meæ restituas* cùm hoc casu non sit habitura locum ea ratio quam in superioribus attulimus ex incertitudine personæ heredis, Titij, qui non alius saltem ex parte futurus sit, quàm captator ipse. Respondeo ineptam fore hanc formulam captationis, Quis enim captari se tam iniqua condicione pateretur, vt hereditatem suam verbis directis & iure institutionis daret ei, à quo vicissim nihil nisi fideicommissum sperare posset accipiendum necessariò per manus heredis recusaturi fortasse aditionem hereditatis, aut fideicommissi restitutionem per longiores moras & tergiuersationes dilaturi? Sicut enim qui captat id agit quantùm potest, vt lucrum quod sperat, sibi certum faciat, ita curare debet ad promerendam eius qui captatur voluntatem, vt non maius beneficium ab eo sperare videatur, quàm quod in eum conferre velit. Minus autem confert qui dat fideicommissum pro institutione. An non & ille, inquies, qui pro institutione dat legatum? Nam nec legata tam pleno honore conferuntur, quàm hereditates quæ per institutionem relinquuntur. *l. filium* 5. *§. sed etsi portio D. de legat. præst.* Minimè verò, inquam. Non enim de honore sollicitus est sed de lucro potiùs & commodo, quisquis & captat, & captari se patitur. Legatum autem non minùs lucri adfert & commodi quàm institutio, imò plus interdum, quia non potest legatum non esse lucrosum, hereditas autem damnosa esse potest. *l. si hereditatem* 32. *D. mandat. l.* 4. *D. ad SC. Trebell.* Potest igitur legatum esse captatorium, sed fideicommissum non potest.

ERROR QVARTVS.

De testamento coniugum simul testantium.

ACCIDIT aliquando, vt coninges præsertim qui liberos communes habent, simul testentur, & quidem ita vt bona omnia paterna in solidum ad quosdam ex liberis pertineant, ad alios verò materna. Quo casu si, quod euenit sæpenumero, altero ex coniugibus in ea voluntate defuncto superstes alter mutet testamentum, & alios heredes scribat, dubitatio est non inelegans vtrius testamenti potior causa esse debeat, an prioris quod ab vtroque coniuge simul factum fuit, an posterioris per quod re ampliùs non integra reuocatum est prius. Item si reuocatio valeat, quonam iuris remedio succurri possit liberis, qui ex eo facto læsi nihilque aut ex paternis aut ex maternis bonis habere inueniuntur. Proximè autem accedit hic tractatus ad superiorem De voluntate captatoria, quasi etiam captatoria videantur huiusmodi testamen

Digitized by Google

a,per quæ ſcilicet fit vt contemplatione inſtitutionis per vnum ex cõiugi-
ous factæ, alter coniugum eos inſtituat heredes, quos alioqui veriſimiliter
inſtituturus non eſſet. Sed tamen ſi propiùs inſpicias, apparet ſatis ex præ-
cedentibus nihil eſſe in hoc teſtamentorum genere, quod de captatoria vo-
luntate tractari poſſit, cùm neutrius inſtitutionis condicio in ſecretum alie-
næ voluntatis conferatur, adeóque nec in futurum tempus, ſed in præſens,
utroque ſcilicet coniuge ſimul teſtante ac voluntatem ſuam declarante, &
audabili, vt videtur, conſilio id teſtandi genus eligente per quod commu-
nibus liberis meliùs conſulatur facta inter eos commodiore bonorum pa-
ternorum & maternorum diuiſione, quàm fieri poſſet ſi de bonis ſuis ſepa-
ratim quiſque ex coniugibus inter omnes liberos ſuos teſtandum haberet.
Quanquam nec deſunt qui alia mente ita teſtari malint, vt nimirum te-
ſtamentum firmius fiat, neque ab eo qui ſupererit ex coniugibus reuocari
poſſit, tanquam factum intuitu & contemplatione inſtitutionis factæ ab alio
coniuge qui prædeceſſit, quique teſtamentum ſuum mutare amplius non
poteſt. Ea ſiquidem omnium actuum correſpectiuorum & correlatiuo-
rum natura & condicio eſt, vt ſiue confirmato ſiue deſtructo vno, confirma-
ri quoque & deſtrui neceſſe ſit alterum. Sic enim iſti ratiocinantur, vt quia
morte coniugis prædefuncti omnimodo confirmatum eſt eius teſtamen-
tum, ita vt reuocari amplius non poſſit, pariter dici oporteat eodem inſtanti
confirmatum etiam eſſe teſtamentum ſuperſtitis, quod alioqui ſine mani-
feſta prædefuncti iniuria reuocari amplius non poſſit. Quæ tamen ratio
ſi bonam habet conſecutionem, vereor ne conſequentis falſitatem probet
potiùs quàm veritatem. Nam ſi hoc teſtamenti genus pro eo habeas quod
ab altero tãtùm ex cõiugibus reuocari non poſſit, quódq; per mortẽ eius qui
prior decedit omnino cõfirmari neceſſe ſit etiã quod ad bona ſuperſtitis, fa-
tẽdum neceſſariò erit hoc ipſo futurũ vt ſuperſtiti cõiugi non ſuperſit libera
teſtandi facultas, quam præripere ſibi potuerit ille teſtando cum coniuge
prædefuncto. Atqui certum eſt nulla penitus pactione, nullóque remedio
poſſe fieri vt ſibi quiſquam præripiat teſtandi facultatem, aut eius facultatis
libertatem conſtringat, quoniam id contra leges foret, adeóque contra bo-
nos mores. *l. pactum quod dotali* 15. *C. de pact. l. ſtipulatio hoc modo concepta* 61. *de verb. obligat. l. ex eo* 4. *C. de inutil. ſtipul. l. cùm duobus* 52. *§. idem reſpondit D. pro ſocio.* Non igitur verum eſſe poteſt, vt præmoriente vno ex coniugibus, qui
ſimul teſtati fuerint, teſtamentum vtriuſque ita confirmetur ſolius præmor-
tui facto, vti ne qui ſupereſt reuocare ſuum poſſit. Et hæc ſanè receptior Do-
ctorum ſententia & traditio eſt, ſuperſtitem coniugem ius habere reuocan-
di quandocunque ſui teſtamenti. Neque de hoc dubitat Petrus Peckius in
ſuo illo tract. De teſtamentis coniugũ lib. 1. cap. 18. Non magis quàm vt poſ-
ſint ambo coniuges ſimul & in eadem charta teſtari. In quo etiam omnes
conueniunt poſt Baldũ *in l. cùm antiquitas C. de teſtam. ex l. eo quod* 9. *C. ſi cert. petat.* Quod vtrumque affirmat & defendit Roder. Suarez *in repet. l. quoniam in prioribus C. de inoffic. teſtam.* in declaratione legis Regni *Limit.* 5. *incip. Quintò ſuperiori limitationi num.* 12. *verſ. Ego non dubitaui* ex Oldrad. *conſ.* 174. Itémque *num.* 14. vbi addit, ad euitandum hoc periculum reuocationis quam
ſuperſtes coniunx facere poteſt optimum eſſe remedium, & vt ipſe loquitur
optimam cautelam, quòd vir ſolus teſtetur, ita tamen vt diſponat de bonis
quoque vxoris quæ huiuſmodi diſpoſitioni expreſſim conſentiat. Quia tunc,

inquit, testamentum viri prædefuncti confirmaretur solius viri morte, quantum etiam ad bona vxoris. Nec quicquam prodesset vxori, quòd postea mutaret voluntatem, cùm semel consensisset marito vt de bonis quoque vxoris non minùs quàm de suis disponeret in testamento, perinde ac si dispositioni in contractu factæ consensisset: quasi inter hæc nihil penitus interfit, *ex l. sicut 8. §. venditio is D. quib. mod. pign. vel hyp. th. solut. l. cum alienã 10. vbi Bart. Bald. & Salic. C. de legat.* Quamquam sunt etiam qui aliam cautelam proferant ad impediendum ne testamenti reuocatio per superstitem coniugem fieri possit, nempe vt vterque coniugum inducatur ad donanda quædam bona liberis communibus in eum casum quo contingat testamentum reuocari, ipsis tamen liberis stipulantibus, vel notario, aliáve persona publica pro eis. Nam cùm ita fiat vt retineat sibi quisque ex testatoribus bona cætera de quibus testari possit, apparet nihil obstare quominùs subsistat donatio. Quomodo ratiocinatur Peckius *dict. cap. 18. nu. 2. post Bald. in l. sancimus C. de testam.* Albe. *in rubr.* C. *de donat.* Dec. *cons. 293.* & Ioan. Dilect. *in tract. De art. testandi tit. 10. de mutat. testam. cautel. 2. num. 5.* Atque hoc posterius remedium sanè potentius & efficacius est quàm superius. Impedit enim ne testamentum reuocari possit non modò à superstite coniuge, sed nec à præmoriente, quin hoc ipso confirmetur donatio certorum bonorum facta in hunc casum qui per testamenti reuocationem euenit, siue prior siue posterior decedat is qui reuocat testamentum. Ipsam tamen reuocationem non tam impedit præcisè ne fiat, quàm causatiuè vt nostri loquuntur, ne pœnam reuocationis incurrat, qui haud dubiè ipsam incurreret, si non hoc metu prohiberetur, ne reuocaret. Et hac parte minus plenum est hoc remedium, quàm illud. Cæterùm nemo dubitat, quin prædefuncti coniugis testamentum valeat, si superstes coniunx non reuocauerit suum, qui casus sanè minorem dubitationem habet. Sed etsi reuocauerit, siue viuo alio coniuge, siue iam defuncto, plerique putant idem esse, quasi nunquam sit præsumenda mutatio voluntatis, ne quidem in eo qui mutare debuit, nisi probetur. Mihi verò alia est semperque fuit sententia. Huiusmodi scilicet testamenta nullomodo, nullóque tempore valere, id est non modò si alterutrum testamentum reuocatum sit, præsertim mortuo iam altero coniuge qui suum mutare amplius non possit, sed nec si vterque in eadem voluntate decesserit. Reuocato siquidem alterutrius testamento (quod vtiq; negari nõ potest quin sit omnino reuocabile ex natura vltimæ cuiuslibet voluntatis *l. si quis in principio 22. de legat. 3. l. 4. de adim. legat. l. cum hic status 32. §. pœnitentiam D. de donat. int. v r. & vxor.*) alterum quoque testamentum ideò reuocati necesse est quòd dubitari non possit, quin duo illa testamenta sint correspectiua & vnumquodque ipsorum factum contemplatione alterius. Maximè verò in ea specie quam tractamus, cùm vterque coniugum ita testatus est, vt si solus testamentum sibi ordinasset, longè aliter haud dubiè fuerit testaturus: quod euenit quoties liberi communes ita heredes instituuntur, vt alij habeant vniuersa bona paterna, ex maternis verò nihil: Alij contrà, totum maternum patrimonium, nihil autem penitus ex paterno. Quis enim credat ita fuisse testaturum parentem qui sine coniuge testatus fuisset? An non facilè fieri potest vt pater qui simul cum vxore sua sic testatus est, prudẽs & sciẽs nihil reliquerit ei ex liberis, quem tamen magis diligebat? Videns satis ei consultum esse per institutionem à matre factam, cuius bona longè maioris sint æstimationis quàm paterna. Et contrà similiter, vt mater nihil ex bonis

suis

Digitized by Google

ſuis dederit vni liberorum, cui meliorem partem datura fuerat, ſi non à patre longè opulentiore inſtitutum eum vidiſſet? Nam & ponendum eſt liberos omnes ab vtroque parente inſtitutos fuiſſe, ſed tamen ſic factam bonorum diuiſionem, vt paterna omnia ad vnum ex liberis, materna verò ad alium vniuerſa peruenerint. Alioqui ratione alia vtrumque teſtamentum eſſet nullum, nempe propter vnius ex liberis præteritionē. Nec minùs maternum, quàm paternum, poſtquam placuit Iuliano *in Nouell.* 115. *Vt cùm de appell. cognoſc. §. aliud quoque capitulum*, vt non magis matri quàm patri liceat in ſuo teſtamēto filium præterire, adeóq; nec exheredare niſi inſerta præteritionis vel exheredationis cauſa. Nos autem de iis parentū teſtamētis tractamus, quæ ſuas omnes & intrinſecas & extrinſecas habeant ſolennitates, ac de quorum validitate nō alia de cauſa dubitari poſſit, quàm quòd ſimul & correſpectiuè facta ſint, ita vt alterū ab altero pendēre videatur. Quo caſu fieri certè nequit, vt altero mutato non cenſeatur hoc ipſo mutatum alterum, etiamſi mutationis probatio nulla proferatur. Idem namque contingit in omnibus actibus correſpectiuis quorum poſito vel deſtructo vno alterum quoque poni vel deſtrui neceſſe eſt. *l. cùm te 6. C. de pact. int. empt. & vendit. l. 1. C. de cuureſſ. libr.* 11. Atque hoc demùm caſu locum habere videtur quod Alexander ſcripſit ad *l. cùm donationis* 34. *C. de tranſact.* in vnaquaque harum diſpoſitionū ſubintelligi ſemper vulgarem illam clauſulam, *Rebus ſic ſtantibus*, quæ & aliis pleriſque caſibus ſubintelligi ſolet *l. quod Seruius* 8. *D. de condict. ob cauſ. l. cùm quis* 38. *in princip. l. ſi cùm Cornelius* 82. *D. de ſolut.* Etſi non ignoro eam Alexādri ſententiam ab Alciato reprehenſam ad *l. licet* 19. *C. de pact. & ad d. l. cùm donationis* 34. *C. de tranſact.* Quaſi difficiliùs clauſula illa ſubintelligi poſſit in teſtamentis, quàm in contractibus, præſertim ad ſubuertēdum teſtamentum, ſed malè. Nihil enim hac parte poſſunt teſtamenta diſtare à contractibus quoties tractatur de actibus correſpectiuis.

ERROR QVINTVS.

De teſtamento coniugum per ſuperſtitem poſt alterius mortem reuocato.

QVamquam autem alterutrum teſtamentorum reuocatum eſſe ſufficit, vt alterius quoque ratio haberi nulla poſſit, tùm maximè tamen id obtinet, cùm reuocatio facta eſt à ſuperſtite poſt mortem prædefuncti. Nec enim res eo caſu integra eſt, cùm is qui præmortuus eſt, non perinde teſtamentum ſuum mutare poſſit, quomodo poſſet ſanè ſi adhuc viueret. Nec imputari poteſt ei qui deceſſit ante reuocationem facti ab alio coniuge teſtamenti, cur non prior ipſe teſtamentum ſuum mutauerit, quod imputari planè poſſet ei, qui reuocationi ſuperſtes nihilominus ſuum non mutaſſet. Nimirum ſi reuocationem ab alio factam ſciuiſſet: Alioqui non deberet ei nocere veritas facti alieni, quod ipſe probabiliter ignoraſſet. Sed tamen tùm quoque cùm reuocatio facta eſt ab altero coniugum, viuo adhuc coniuge ſiue ſciente ſiue ignorante reuocationem, idem iuris eſſe arbitror, vt alterius quoque coniugis teſtamentum videri debeat reuocatum, tametſi nulla voluntatis mutatio expreſſa proponatur. Quali credendus ſit is qui teſtamentum ſuum non mutauit ſic feciſſe, non tam vt in eadem voluntate decederet, quàm quòd ſciret, aut ſaltem crederet teſtamentum ſuum pro mu-

tato habendum esse hoc ipso, quod alterum mutatum fuit. Habet enim res hæc naturalem intellectum, vt qui non erat ita testaturus si vel contestatorem nullum habuisset, vel diuersum contestatoris sui voluntatem præuidisset, nunquam credi debeat in ea voluntate perstitisse si alius testator in sua non perstiterit. Neque vt puto facilè reperietur, qui cum Alciato hoc neget quod nos cum Alexandro defendimus. At ne Alexander quidem ipse fateretur vnquam id quod pro vero suprà posuimus, talia testamenta nullius esse momenti ab initio, etiamsi vterq; ex contestantibus in cadē decesserit volūtate. Tota enim Alexandri ratio in eo posita est, quod putat, & bene subintelligendam in huiusmodi testamentis clausulam *rebus sic stantibus*, quæ effectum suum habere incipit, statim atque ex alterutra parte status rei mutatus est per subsecutam reuocationem testamenti. Proinde si ponas neutra ex parte immutatum quicquam fuisse, fatentem habebis Alexandrum, nihil causæ esse cur non vtriusque coniugis voluntas tanquam iusta & legitima sit seruanda. Me verò in contrarium fortissima illa iuris ratio mouet, quòd testamentorum omnium natura illa & condicio sit, quinimò vltimarum omnium voluntatum, vt suprema cuiusque hominis voluntatem necesse sit omnimodo & irreuocabiliter confirmari aut eo instanti quo is moritur cuius voluntas est, aut nunquam: Nec in suspenso manere post mortem vltima voluntas potest, præsertim verò testamentum, scilicet quantum ad confirmationem, & ad hoc vt ea voluntas exitum habere quandoque possit & debeat. Nam quod ad effectum voluntatis, nihil vetat etiam post mortem induci suspensionem ex adiectione diei vel condicionis, siue tacitæ siue expressæ. Atque huius propositionis qua mouemur, & de qua nemo dubitat, ratio illa est, quòd sicuti quandiu quis viuit voluntatem mutare potest, ideóque confirmari nequit vltima eius voluntas quæ an vltima futura sit nesciatur: Ita ex quo instanti decessit, certum esse incipiat non posse illum ampliùs mutare voluntatem, vt proinde nec quicquam impediat, quominùs eo ipso instanti confirmetur vltima voluntas quæcumque tandem ea sit, si modò talis, quæ possit aliquando & debeat confirmari. Est enim legis potestas hoc casu necessaria vt confirmentur non solùm testamenta & aliæ quælibet vltimæ voluntates, sed ipsæ etiam hereditates nec minùs legitimæ quàm testamentariæ *l. lege obuenire* 130. *de verb. signific.* Inde est quòd testamenta captiuorum apud hostes defunctorum facta in ciuitate ante captiuitatem, quia confirmari non poterant per legem duodecim tabularum, quæ de solis ciuibus Romanis locuta fuerat, necesse fuit confirmari per legem Corneliam, inducta fictione vt qui apud hostes decessissent in ciuitate decessisse viderentur, at non ex die captiuitatis, sed ex instanti mortis quo demùm tempore certum esse incipit nec redire ab hostibus captiuum posse, nec proinde voluntatem mutare *l. lex Cornelia* 28. *D. de vulg. & pupill. substit. l. lege Cornelia* 12. *D. qui test. facer. poss. l. filius familias* 18. *D. ad leg. Falcid.* Denique nemo possit dicere quo instanti confirmabilis sit, vt ita dicam, vltima defuncti hominis voluntas, si non in ipso mortis instanti confirmetur, quia certum est & collatam eam fuisse post mortem, & exinde reuocari ampliùs nunquā posse. Atqui, vt ad disputationem nostram redeamus, cùm vterque coniugum in eadem charta testatus est aliis atque aliis ex communibus liberis separatim scriptis, iam diximus & posse illum qui superstes est, mutare voluntatem reuocato testamento, & ex eiusmodi mutatione ac reuocatione

fieri

fieri vt prædefuncti coniugis teſtamentum quod ipſe mutare ampliùs non poteſt perinde tamen mutatum ac reuocatum intelligatur, ac ſi reuocatum à ſuo teſtatore fuiſſet, propter actuum, vt loquuntur, correſpectiuitatem. Ergo fieri nequit vt præmortui ſolius morte confirmetur ipſius teſtamentum, nec alio vllo tempore ante ſecutam ſuperſtitis quoque mortem: Cùm eo demùm inſtanti certum eſſe incipiat, neutrum teſtamentum mutari ampliùs poſſe. Nec quod ex facto ita euenerit vt coniunx vterque in eadem voluntate deceſſerit, facere poteſt, vt eo magis confirmatum videri debeat teſtamentum prædefuncti ex quo inſtanti deceſſerit. Non enim ex ſubſecuto euentu æſtimandum eſt ius teſtamenti, ſed ex eo ſtatu qui reperitur mortis tempore, vt ſi tùm ſit adhuc reuocabile quacumque de cauſa, non magis confirmari per legem poſſit quàm ſi teſtator adhuc viueret. Id enim facit etiam illa iuris antiqui regula, quæ vult teſtamentorum iura ipſa per ſe firma eſſe non ex alieno arbitrio pendêre oportere *l. illa inſtitutio* 32. *D. de hered. inſtit.* Proinde non tam illud inſpiciendum eſt an teſtator deceſſerit non reuocato teſtamento, quàm vtrum poſt eius quoque mortem reuocari teſtamentum adhuc poſſit: quod ſanè nullo caſu poteſt contingere ſi iuris rationem inſpicias, contingeret tamen in propoſita ſpecie ſi teſtamenta duorũ coniugum, eo quem diximus modo facta defenderentur. Alius verò tractatus eſt, ſi ponas ambos coniuges ſimul quidem & in eadem charta teſtatos, ſed ita vt alter alterum heredem inſtituerit, qui caſus eſt quem Alciatus tractat *in d. l. licèt* 29. *C. de pact.* In quo caſu vix vllam dubitationem res habet, quin prædefuncti coniugis teſtamentum in fauorem ſuperſtitis omnimodo confirmetur, tametſi teſtamentum ſuperſtitis hoc ipſo infirmetur, facta ſcilicet quaſi caduca inſtitutione per mortem heredis ab eo qui ſuperſtes reperitur, inſtituti. Quamquam enim mutua inſtitutio fuit, attamen non tam ſpe mutui lucri facta intelligi debet, quàm ratione mutuæ adfectionis, contra quam nihil fit præmortuo altero ex coniugibus, cùm vterque præuidere ab initio potuerit & debuerit, neceſſariò ſic euenturum vt alteruter præmoreretur: Vnde eſt quòd nemo dixerit captatorias eſſe huiuſmodi voluntates *l. captatorias* 70. *D. de hered. inſtit.* Extátque in hanc rem Imperatoris Valentiniani conſtitutio in Codice Theodoſiano *l. 1. De teſtam.*

ERROR SEXTVS.

Si vnus ex coniugibus ſimul teſtatis mutauerit voluntatem altero adhuc viuo ſed ignorante.

ILLE tantùm caſus dubitationem habere poteſt, Si alteruter coniugum ſic teſtatorum mutauerit voluntatem, & alium heredem inſtituerit viuo coniuge, & tamen ignorante. Si enim ponerem mutatum à ſuperſtite teſtamentum poſt mortem prædefuncti coniugis, nihil vtique poſſet ei imputari qui ex neceſſitate id feciſſet, at ob id ſolùm quòd eum quem ſperauerat heredem habere non potuiſſet. *arg. l. vlt. D. de hered. inſtit.* Rurſus ſi ponerem mutatum ab vno ex coniugibus teſtamentum viuo quidem ſed ſciente altero coniuge, nulla dici poſſet facta iniuria coniugi, in cuius poteſtate fuit, in pœnam & ad exemplum mutatæ ab altero voluntatis, ſuam quoque mutare voluntatem,

& alium sibi heredem scribere: quod ni fecerit de se potiùs conqueri debet, quod cùm aliud testamentum condere posset, ac deberet, maluerit tamen in priore decedere voluntate: Ex cuius perseuerantia vrgens voluntatis coniectura sumitur, quòd coniugem instituisset antea non tam intuitu & contemplatione mutuæ institutionis ab altero coniuge vicissim factæ, quàm abundantia adfectionis, de qua nec imminuta coniugis alterius adfectio imminuere quicquam potuerit. Sed cùm & superstite & ignoráte altero coniuge, alter testamentum suum reuocauit, hic verò casus est de quo dubitari probabiliter potest. Si enim cum Alexandro sentias in vtriusque coniugis testamento subintelligendam esse clausulam *Rebus sic stantibus*, consequens erit vt reuocato per solam pœnitentiam alterutro testamento, alterum quoque pro reuocato haberi oporteat, etiam tacente ipso testatore, cui scilicet non possis imputare cur testamentum suum non æquè mutauerit, siquidem quam habuit mutandi eius causam ignorauit. *arg. l. tractabatur* 14. *D. de testam. milit. l. sicut certi* 9. *& seq. C. eod. l. Titius* 25. *§.* 1. *D. de liber. & posthum.* At si cum Alciato dicas nõ esse tam facilè in testamento subintelligendam hanc clausulam, sed potiùs capiendam præsumptionem, quod ex adfectione processerit institutio, quàm vt de condicione institutionis ab alio factæ implenda fuerit cogitatum, consequens fiet, vt non eo minùs testamentum eius qui non reuocauit subsistere debeat, quòd alterum sit reuocatum. Ego verò in hac specie cum Alciato sentio, qui in superiore cum Alexandro sentiebam. Ratio namque dissimilitudinis euidens illa est, quòd in eo casu quem priorem tractauimus de testamento à coniugibus simul facto in quo vnus ex liberis communibus à patre solus institutus sit in bonis paternis omnibus, alius verò in bonis maternis solus, apertissimum est, vt iam diximus neutrum ex parentibus ita fuisse testaturum si solus inter suos omnes liberos de bonis omnibus disposuisset. Nec enim quisquam adeò supinus est qui nesciat, aut saltem qui scire non debeat, parentibus liberum non esse ita disponendi arbitrium, sed vnicuique ex liberis partem patrimonij dandam esse, si non æqualem, eam tamen quæ ad legitimam sit satis, nisi iusta aliqua causa sit filij vel exheredandi vel prætereundi, si testatoris persona talis sit cuius præteritio haberi debeat pro exheredatione. Alioqui futurum vt testamentum vel iniustum sit & nullius momenti, vel per inofficiosi querelam rescindendum. *l. parentibus* 8. *C. de inoff. testam.* Quis verò credendus est ita testari voluisse vt subijceret se periculo iniusti vel irriti futuri testamenti? *arg. l.* 3. *D. de testam. milit. l.* 3. *C. de inoff. testam.* Cùm igitur certum sit coniugem qui cum coniuge testatus est institutis ab vtroque parente separatim singulis liberis non ita fuisse testaturum si solus testatus fuisset, necessariò fatendum est irritum fieri debere vnius testamentum, quoties in eam causam deducitur vt solus is testatus fuisse videatur, quod contingit alterius testamento siue reuocato, siue qua alia ratione in irritum deducto. Et vt dicam apertiùs, videtur hoc casu non nisi vnicum esse testamentum, quamuis duarum personarum, duasúmque hereditatum, Scilicet ob institutos separatim in singulorum parentum bonis singulos liberos, qui omnes in vtriusque parentis hereditate, si plura separatim facta fuissent testamenta, instituti debuissent, quemadmodum solemus dicere de primis & secundis tabulis cùm pater filio impuberi testamentum fecit *l. patris & fily* 20. *de vulg. & pupill. substit.* Non secus acsi maritus de bonis quoque vxoris suæ testatus esset ea consentiente, aut vxor de

bonis

Digitized by Google

bonis mariti conſentientis,Hac tantùm differentia, quòd voluntatem muta-
re non poſſet *ille* ex coniugibus qui teſtanti coniugi ſuum conſenſum ac-
commodaſſet:Mutare autem poteſt *is* qui de bonis ſuis teſtatus eſt , tametſi
cum coniuge,quia non ideò alienam ſed ſuam mutat voluntatem , quamuis
alienæ correſpectiuam. At in poſteriore caſu quem tractauimus , nihil eſt
quod nos cogat dicere Teſtatorem qui à coniuge heres ſcriptus , coniugem
viciſſim ſcripſit heredem aliter fuiſſe teſtaturum,ſi non ad ita teſtandum ſpe
præmij inuitatus fuiſſet,cùm potuerit ratio ſola adfectionis id facere,etiamſi
ex altera parte vel nulla,vel non tanta adfectio fuiſſet. Mirum igitur non eſt
clauſulam illam *Rebus ſic ſtantibus* poſteriore hoc caſu non ſubintelligi, quæ
priore ſubintelligenda prorſus eſſet , Ne alioqui decipiatur is, qui ſic teſtari
nec voluit,nec potuit , nec debuit, niſi quia ſic quoque teſtari coniugem vi-
debat.Et ob hoc ipſum nimirum dicimus non valere huiuſmodi teſtamen-
ta,in quibus eam clauſulam *rebus ſic ſtantibus* ſiue exprimi,ſiue tacitam ſub-
intelligi oporteret,quoniam ita fieri neceſſe eſſet vt ex alieno arbitrio pen-
derent,ſiue viuo,ſiue mortuo teſtatore , atque ita eorum confirmatio impe-
diretur ne per legem fieri poſſet teſtatore ipſo moriente , qui tamen viuus
iam voluntatem numquam reuocaſſet:quod à regula & ratione iuris peni-
us abhorrere iam probauimus.Illud plane nouum non eſt vt plurium mor-
em expectari aliquando neceſſe ſit , ſed hoc ita ſi de alicuius condicionis
uæ pluribus adſcripta fuerit implemento agatur,vt in ſpecie *l.penult. C. de*
impub.& aliis ſubſtit. non item ſi de confirmatione teſtamenti , quod vtique
on alterius quàm ſui teſtatoris morte indiget,vt confirmetur. Et verò qui
iuſmodi teſtamenta valere putant , quæ nos nullius momenti eſſe dici-
us,non facilè poſſunt dicere quid iuris ſtatuī debeat in diuidendis prædefun-
cti bonis,ſi contingat teſtamentum à ſuperſtite reuocari , Adeò manife-
è videnr ſuppoſita validitate teſtamenti,nihil tamen poſſe cōſtitui quod nō
uidenter vel à teſtamento,vel ab æquitate abhorreat.Vt ex ijs conſtat quæ
ripſimus in Codice Fabriano *Defin.2.eod.ill.tit.de impub. & aliis ſubſtit.*Nos
lura hic non ſcribemus.

ERROR SEPTIMVS.

Si marito de vxoris bonis teſtanti vxor conſenſerit, aut contrà & ad l. vlt.C. de pact.

QVOD pro certo ac penè indubitabili habent interpretes , Va-
lere coniugum teſtamenta ſi non ſolùm in eadem charta,ſed
etiam vnico contextu,& vnica bonorum ſuorum diuiſione te-
ſtati ſint inter communes liberos ſeparatim ab vnoquoque
parente ſingulos in ſingulorum bonis inſtitutos , ſicuti nouæ
quæſtionis materiam iis attulit,An prædefuncti cōiugis mor-
e adeò confirmetur teſtamentum quod pertinet ad ipſius prędefuncti bona,
t per reuocationem à ſuperſtite factam nihilomagis reuocatū intelligatur,
ta poſteaquàm definiuerunt:Ex ſubſecuta vnius reuocatione non impediri
lterius confirmationem,Amplioris deliberationis cauſam iiſdem,prębet,an
qua ratione fieri poſſit, vt qui ex coniugibus ſuperſtes eſt teſtamentum mu-

tare prohibeatur. Vt nimirū iis obuiā eant incommodis, quę non possunt negare consequi ex tam absurda támque improbabili opinione. Inter cætera verò consilia & remedia quæ proferunt, primum ac præcipuum illud est, vt vnus ex coniugibus testetur inter omnes liberos solus, sed ita vt non de suis tantummodo bonis, verùm etiam de bonis coniugis, eiusmodi testamento expressim consentientis. Sic enim fieri posse putant vt testatoris huius morte confirmetur omnimodo testamentum, nec minùs quod ad bona pertinet alterius coniugis qui testatus non est, sed testanti consensit, quàm quod ad bona testatoris: Ita vt nihil profuturum sit superstiti coniugi si postmodùm pœnitētia ductus mutet voluntatē, siue viuo adhuc, siue iam defuncto cōiuge qui testatus fuit. Nisi hactenus ne qua ex eiusmodi consensu fraus fiat legitimæ liberorum, quam sicut expressim testando neuter ex parentibus sine tollere siue minuere potest, ita neque alteri testanti consentiendo, ex ea iuris regula quæ vult cū qui alienare non potest, nec alienanti posse cōsentire, itémq; quod vna via fieri directò prohibitū est, non esse permittendum vt per aliam viā indirectò fiat. Sic enim nostros ratiocinari passim videas qui quæstionem hanc tractarūt, præsertim verò Petrū Peckium, Rodericū Suarez, & alios quos retulimus capite superiore. Nos autem sicut in quęstione illa De testamentis coniugū inter liberos separatim ab vnoquoque institutos testantium, à cæteris interpretibus dissentimus, qui talia testamēta valere negamus, neque tam de illo laborandum esse volumus, qua cautione possit eiusmodi testamētorū reuocatio impediri, quàm quibus auxiliis possit eorū confirmatio induci: Ita & in hac controuersia facere non possumus quin contra eosdem interpretes sentiamus. Hęc enim nostra sentētia est, Mulierē quæ marito de ipsius vxoris patrimonio bonísque testanti etiam vltrò ac liberaliter consenserit, non ob id magis prohiberi quominus voluntatē mutare possit siue viuo, siue præmortuo marito, quàm si cum ipso simul testata proponeretur. Moueor, quòd ea testanti permissio haud dubiè nihil nisi donatio est, cùm sit quædā concessio gratis & liberaliter facta *l. sicut* 8. *§. venditionis D. quib. mod. pign. vel hypoth. solu.* quo potissimùm loco interpretes nostri abutuntur vt hanc suam sententiam tueantur. Donari autem videatur quicquid nullo iure cogente conceditur *vulg. l. donari* 29. D. *de donat. l. donari* 81. *de regul. iur.* Porrò non est qui nesciat donationem inter coniuges si inter viuos facta sit, qualis hæc censenda esset, moribus populi Romani esse improbatam, ob eas rationes quas Iureconsulti congerunt *in l.* 1. 2. *& 3. D. de donat. int. vir. & vxor.* Inter quas prima & præcipua illa est, Ne coniuges se ob mutuum amorem spoliarent, donationibus non temperantes, sed profusa facilitate patrimonium suum exhaurientes. Quæ ratio si quo vnquam casu locum habere potest, habet sanè tùm maximè, cùm moribundus maritus suprema sua ordinans lugentem rogat vxorem vt eum patiatur de bonis ipsius vxoris testari. Quid non enim tunc temporis mulier quam amore non minùs quàm luctu confectam ponimus, concessura sit marito vltimas, fortassis etiam cum lachrymis, preces fundenti, pro quo vitam quoque ipsam libenter cum patrimonio profunderet, ne conqueri maritus posset deceptum se & honore bene transacti matrimonij, & fide communium liberorum vt melius de vxore præsumeret, quomodo loquitur Papinianus *in l. vnum ex familia* 67. *§. vlt. de legat* 2. Tanto minùs ergo ferendum est, vt testanti marito donare vxor inter viuos possit, quod ei alio tempore donare prohiberetur. Nam cùm ex-

ex oratione Diui Seueri donationes huiusmodi sola donantis morte confirmari possint, nec id tamen aliter quàm si donans & in eadem voluntate & prior decesserit *l. cùm hic status 32. eod. tit.* Apparet in ea specie quam tractamus, ne quidem confirmationi huic locum esse posse: Siquidem ponimus testatorem, eundémque donatarium prædecedere, ac præterea vxorem quæ marito testanti consenserit donandi animo, in eadem volũtate perstare nolle. Quonam igitur iure poterit valere citra confirmationem ea donatio, quæ nec earum ex numero sit, quæ confirmari aliquando possint? Imò quæ in eum expresse casum facta sit, quo nullus de confirmatione tractandi locus supersit? Sed & me illud valde mouet, quòd eum casum tractamus, quo maritus de vxoris suæ bonis in testamento disposuerit, ac proinde quo suluam ipse habeat mutandæ voluntatis facultatem. Quidni ergo habeat etiam illa quæ testanti marito consenserit? Nec enim verendum est ne ideò decipiatur maritus, qui si vxoris consensum testamenti tempore non habuisset, aliter vtique fuerat testaturus. Si quidem ponimus, quod huius incommodi euitandi gratia necessariò ponendum est, vxorem cùm voluntatem mutauit, denunciasse marito eam mutationem, vt ipse quoque mutandi testamenti consilium sumeret, si id mallet, alioqui sanè deciperetur maritus, si eo inconsulto & ignorante liberum esset vxori mutare voluntatem. Cæterùm nulla ratio est vt fortiùs adstringatur mulier quæ testanti marito consensit, quàm maritus qui ipse testatus fuit, & cui tamen mutandæ voluntatis arbitrium idcirco non auffertur. Nempe quia nullum ius cuiquam ex testamento quæri potest, ante mortem testatoris, quo demum tempore vt in præcedentibus disputauimus, testamentum confirmatur: In eóque sicuti testamentum differt maximè à contractu, ita & consensus qui à tertio præstitus sit in testamento alterius, à consensu quẽ tertius præstiterit in cõtractu. Cùm.n. ex contractu valido ius statim quęratur, adeò vt etiam ex contractu condicionali spes in heredem transmittatur, longè difficilius est vt consensus in alieno contractu præstitus ex pœnitentia reuocetur, post ius contrahentibus iam quæsitum, quàm vt reuocetur consensus in testamento præstitus, & eo tempore quo nullum ius ex eo consensu acquisitum dici possit. Et tamen constat, si duo de bonis & hereditate tertij contraxerint, quod non aliter fieri permissum est, quàm si tertius ille expressim consentiat, non prohiberi tertium quominùs mutet voluntatem, cuius perseuerantiam requirit constitutio Iustiniani, vt contractus inter alios initus subsistat *l. vlt. C. de pact.* Multò igitur magis concedendum est ei, qui tibi de bonis suis testari permiserit, vt ab ea voluntate recedat, si pœniteat permisisse: Ne aliter posito iure, fiat, vt deterior condicio sit eius qui testamento, quàm qui contractui alieno consenserit, de bonis suis facto. Non enim qui sic consentit, hoc agit vt se obliget ne liceat pœnitere, sed hoc tantùm vt supposita perseuerantia voluntatis, validet alterius testamentum, vel contractum, cuius vires alioqui nullæ essent. Nisi fortè distinguere volumus inter eum qui testetur aut contrahat de bonis alterius, & eum, qui testetur aut contrahat de hereditate: Quasi consensus ab eo præstitus de cuius hereditate alius siue testari siue contrahere voluerit, tantò facilius reuocari possit, quantò videtur odiosius & ab omni rationis sensu alienius, vt de aliena hereditate quis testari & contrahere velit, quàm vt de alienis bonis: Quandoquidem hereditas tale quid est, quod nec in rerum natura esse intelligitur, quandiu viuit is de

cuius hereditate tractatur, cùm viuentis neque hereditas vlla sit neque heres. *l.1. D. de hered. vel act. vendit. l.1. D. pro hered.* Et rursus, Festinat contra ingentiũ ille qui de aliena hereditate solicitus est *d.l. donari 29. aliàs l. quidam §. vlt D. de donat. l.2. §. vlt. D. de his quæ vt indign.* non etiam is qui testatur vel contrahit de bonis alterius consentientis *l.1.2. & pass. C. si alien. res pignor. dat. sit.* Sed distinctio hæc probabilis non est, non ob id solùm quòd ratio quam Iustinianus adfert generalis est & generalibus illis verbis concepta. *Quare enim quodam viuẽte & ignorante quidam paciscentes de eius rebus conuenerunt?* Itemque illis positis in fine *d.l. vlt. Cùm in alienis rebus contra domini voluntatem aliquid fieri vel paciscì secta temporum nostrorum non patiatur.* Sed etiam quia in specie quam tractamus, ponimus maritum ita fuisse testatũ de bonis vxoris consentientis, vt tamen noluerit eam voluntatem suum effectũ habere quandiu viueret vxor, sed ea demum quandocumque mortua: vt id ipsũ hoc remedio assequatur marituus, quod assequeretur si cum vxore simul testari sic posset ne qua vxori ratio mutandi testamenti superesset. Nam neque credibile est facilè consensuram mulierem marito, si consensum ipsius exigat maritus vt statim se defuncto bona vxoris ad eos perueniant in quorum fauorem ille disposuerit. Cùm ita fieret, vt quæ maritum misera amisisset, hoc ipso non tantùm mariti, sed etiam patrimonij sui iacturam viua incurrisse reperiretur, in eásque redacta esse angustias vt verendum haberet, ne fame citiùs quàm fato periret. Quid porrò interest an maritus testetur vel contrahat de bonis vxoris in id tempus quo erit vxor mortua, an verò de vxoris hereditate? Igitur quod à Iustiniano constitutum est *in d.l. vlt.* vt persona quæ pactis inter alios de sua hereditate initis consensit, non ideò mutare voluntatem prohibeatur, quidni ad eam quoque vxorem porrigetur, quæ marito consenserit vt de ipsius vxoris bonis testaretur, in id tempus quo defuncta esset vxor, bonáque iam conuersa in hereditatem? Nec enim alia hac parte inter testamentum & contractum differentia est, nisi quòd testamentum vnius personæ est, Contractus vero plurium: Et quod testamentum facilius admittit reuocationem, quàm contractus. Quæ ratio vtraq; facit, vt multò magis permittendum sit vxori quæ marito testanti cõsensit, reuocare consensum illum, quàm si eidem de vxoris hereditate contrahenti consensisset. Denique absurdum est irreuocabilem esse consensum qui adhibitus sit in actu reuocabili, maiorémque vim esse testamenti ad obligandum eum qui testatori consentiat, quàm ad obligandum testatorem ipsum, ne voluntatem mutare possit. Proinde saltem quandiu testator viuit, fatendũ est liberum esse reuocandi arbitrium ei, qui testatori consensit. Nam & si quis tentet, eum qui testanti tibi consentit vt mihi rem suam leges, hoc ipso videri rem illam donare mihi, & quidem causa mortis sed tuæ non suæ, is fortasse non valde errauerit. Si quidem ita etiam posse donationem causa mortis fieri certum est *l. mortis causa filij 11. l. mortis causa capimus 18. D. de mort. caus. donat. l.3. C. eod.* Atqui donatio causa mortis quælibet reuocabilis est, quousque perfecta sit per subsecutam mortem, cuius causa facta fuit *l. qui mortis 30. l. nõ videtur 32. & pass. D. eod.* Potest igitur qui mihi mortis tuę causa donatum voluit, tamdiu mutare voluntatem quandiu viuis tu cui de re sua testanti consensit. Planè probaret ea ratio, non superesse consentienti arbitrium liberum mutandæ voluntatis post mortem eius qui testatus esset: Nec enim perfecta mortis causa donatio reuocari magis ex pœnitentia po-

test

teſt,quàm quæ facta eſt inter viuos: in eóque tantùm differentia eſt,quòd hæc inter viuos non tantùm fit,ſed etiam perficitur:vnde & nomen ſumpſit: Illa verò fit quidem ante mortem, ſed non perficitur niſi ſecuta morte. Et tamen ſuprà diximus liberam eſſe reuocationem ei qui conſenſit,etiam poſt mortem teſtatoris:nimirum quia non putamus hanc poſſe dici mortis cauſa donationem, in qua ſcilicet neque promiſſio neque traditio interuenit, quã tamen alterutram interuenire neceſſe eſt,vt donatio cauſa mortis vtiliter facta dici poſſit.Secundùm ea quæ pluribus diſputauimus in *Error.3. Decad.* 43. Qui enim conſentit tibi rem ſuam leganti is neque promittit,neque tradit quicquam legatario.Ergo nec mortis cauſa donare videri poteſt, neque ſi ponas adeſſe illi animum donandi *l.cùm pater* 77. §. *Manio de legat.* 2. Cæterùm ſiue donationem hanc mortis cauſa eſſe quis dicat, ſiue non eſſe, illud ſemper verum erit poſſe vxorem quæ marito conſenſerit mutare voluntatem,quandiu ſaltẽ maritus viuit,etiamſi maritus ipſe reluctetur,dũmodò reſciat maritus eã mutationé voluntatis, vt poſſit & ipſe mutare ſi velit.

ERROR OCTAVVS.

De ſententia & ratione §.venditionis l.ſicut 8.*D.quib.m. d.pign. vel hypoth.ſoluit.*

QVID, quod etiam poſt mariti mortem, qui conſentientis vxoris fundum legauerit,ſi legatarius conſequi legatum vel nolit vel non poſſit, redit res ad vxorem, nec ei conſenſus ſuus nocet? Ita enim diſertè ſcriptum eſt *in d. §. venditionis l.ſicut* 8.*D.quib. mod.pign.vel hypoth.ſoluit.* Cùm tamen ſi ea voluntas cenſenda eſſet iure donationis per vxorem factæ cauſa mortis mariti,nemo diceret reuocari eam poſſe poſt mariti mortem,cuius morte perfecta fuiſſet & confirmata, vt iam diximus *ex d. l. non videtur* 32. *D.de mort. cauſ.donat.* Quantò magis ergo reuocare poterit viuo marito? Quamquam id quod ſcriptum eſt *in d.§.venditionis*,poteſt videri ſpecialem habere rationem,quòd eo loco Marcianus loquatur de creditore, qui rem non ſuam ſed ſibi tantùm obligatam permiſerat debitori vt alij legaret:qui conſenſus non niſi remiſſionem pignoris inducere ſolet,at non etiam donationem, quæ in remiſſione pignoris nulla eſſe intelligitur *l.1.§.1.in fin.eod.* Nec ſi à coniuge facta ſit coniugi *l.etſi pignus* 18. *D.quæ in fraud.credit.* Verùm etſi hoc ita eſt, ratio tamen iuris quæ facit inutilem pignoris remiſſionem eo caſu quo conſenſus tertij non alium effectum habere poteſt, quàm vt ius ſui pignoris remiſiſſe videatur, eadem ſanè faceret inutilem donationem eo caſu, quo etiam donatio aliqua ex eiuſmodi conſenſu induceretur, Ac tantò faciliùs,quantò expeditius eſt vt ius pignoris remiſſum, quàm vt ius dominij alienatum intelligatur.Nam remitti ius pignoris poteſt, creditore conſentiente ſiue venditioni,ſiue legato rei obligatæ, licèt is in cuius fauorem remiſſio fit,abſens ſit vel ignorans, quoniam in eo fauetur potiſſimùm debitori,vt liceat ei de ſua re perinde diſponere,acſi nemini eſſet obligata.At donatio,quam per huiuſmodi conſenſum vxoris ponimus collatam non in maritum de re vxoris teſtantem, ſed in eum cui maritus rem illam ſiue inſtitutionis ſiue legati titulo reliquerit,non alij quàm præſenti fieri poteſt,ſiue per ſtipulationem fieri eam velis, ſiue per traditionem: Maximè ſi tractes de donatione quæ facta ſit cauſa mortis *l.inter mortis* 38. *D. de mort.*

cauſ.donat. Facilius ergo eſt, vt talis conſenſus vxoris marito teſtanti præſtitus reuocari quandocunque poſſit quandiu non habuit effectum etiam defuncto teſtatore, multò magis eodem viuo: cùm non alium effectum habere poſſit quàm donationis, quę porrò nulla in abſentem collata videri poteſt. Nec rurſum tametſi collata eſſet vtiliter, priùs tamen valere poſſet tanquam facta mortis cauſa mariti, quàm eiuſdem mariti morte fuiſſet perfecta. Sanè apparet non obſcurè ex *d.§.venditionis*, cùm tu mihi permittis, vt rem tuam legem, non tam mea quàm legatarij cauſa id te facere videri, cùm non aliter vim habeat is conſenſus, quàm ſi legati vtilitas legatario acquiratur, etiamſi de ſola pignoris remiſſione agatur, quaſi non omnimodo pignus remittere creditor velit, ſed ita demum ſi legatarius rem habeat, adeóque retineat irreuocabiliter *l.voluntate 10.eod.* Alioqui ſi in teſtatorem ipſum collata liberalitas videretur, conſequens eſſet vt non aliud inſpici oporteret, quàm vtrum teſtator de ea re diſpoſuiſſet, non illud etiam curari an legatum illud ad legatarium peruenisſet. Satis enim liberalitatem agnouiſſet teſtator, qui de re ſiue aliena, ſiue obligata teſtatus eſſet conſenticnte ſiue domino ſiue creditore *vt in l.ſi auia 6.C.de iur.deliber.* nec poſt eius ſaltem obitum quicquam aliud quærendum ſupereſſet. Quòd ergo maritus quo tempore teſtabatur conſenſum vxoris adhibuerit, vt de re vxoria perinde ac de ſua teſtari poſſet, non debet adimere vxori facultatem mutandæ voluntatis, quandiu maritus viuit, quia tandiu res integra eſt, cùm interim nullum ius ex eo conſenſu quæſitum dici poſſit, neque marito cui nihil donatum vxor voluit, neque communibus liberis, aut aliis quibus maritus rem vxoris reliquerit, quia ius eorum pendet ex confirmatione teſtamenti, quod porrò non niſi per teſtatoris mortem cõfirmatur. Ex quo etiam intelligimus, quàm parum ſubtiliter faciant, qui huiuſmodi conſenſum inter coniuges præſtitum ea ratione improbatum volunt, quòd habeat inſtar donationis, quæ inter coniuges prohibita eſt: Nec ſubtiliùs illi qui vt hanc obiectionem effugiant, contendunt poſſe cõiugem coniugi donare, dummodò ita fiat donatio vt eius commodum ad alium perueniat, cuius perſona non ſit prohibita capere, ſaltem eo tempore, quo effectum ſuum donatio ſortitura ſit. Nihil enim prorſus eſt in hac ſpecie, quod de donatione ſiue expreſſa, ſiue tacita inter coniuges facta tractari poſſit, ſed tantùm inter eam perſonam quæ conſentit teſtanti alteri, & eam cui teſtamenti emolumentum quantum ad illam rem acquiritur. Quamquam ne hoc quidem reſpectu donatio eſſe poteſt, quæ nec traditionem habet nec promiſſionem, vt diximus, ſed ſpecies quædam liberalitatis acceſſoria ad vltimã alterius voluntatem, & conſequenter eiuſdem naturæ & condicionis, vt tamdiu ſaltem reuocabilis ſit, quamdiu voluntas illa vltima reuocari poteſt, & quandiu rem integram eſſe non dubitatur.

ERROR NONVS.

De eo qui rem ſuam legari permiſit ac poſtea mutauit voluntatem.

PAVLVS putat Bart. *ad l.cùm quis decedens 37.in princip.de legat. 3.* Ex iſto cõſenſu etiamſi reuocatus nõ ſit, nihil iuris acquiri tertio, in cuius fauorem alius teſtatus ſit, ſed tantùm quæri actionem mandati teſtatori, qui aliter fuerat teſtaturus ſi conſenſus non interueniſſet. Et conſequenter

quenter heredi eius, qui subinde à legatario cõuentus eam præstare,& cedere teneatur, *ex l.si duobus 16.§.1.de legat.* 1.iunct. *l. quidam cum filiumfamilias 46.de hered.instit.* Neque dissentit Baldus *ad l.cùm alienam 10.C.de legat.* Nisi quòd ne quidem actionem mandati non magis quàm actionẽ ex testamento concedere videtur testatori,aut eius heredi, ratione illa quòd is qui consentit,non tam agat quàm patiatur, ex patientia verò exceptio potius quàm actio nasci videatur. Quod & Iason ad eandem legem defendit. Et verò difficile est dicere vt qui rem suam legari permittit etiamsi expressum consensum adhibeat,quem vtique necessarium esse constat (nec enim sola præsentia & scientia coniuncta cum taciturnitate sufficeret *l.Caius Seius 39. cum ibi not.D.de pignor.act.*)hoc ipso tamen aliquid mãdare intelligatur. Nec proinde vt ex eo consensu aliud ius vllum inducatur,præterquàm exceptionis, & quidem doli, vt cueniret si rem tuam,aut in qua ius aliquod haberes te volẽte alij vendidissem *l.apud Celsum 4.§.quæsitum est si cum fundi D.de dolo mal. except.* Quamquam non desunt,qui putent dominium rei alienæ,quam quis alij consentiente domino legauerit, acquiri ipso iure ac recta via legatario, non minùs quàm si ea res fuisset legantis. Quemadmodum contingit si quis de re aliena volente ac consentiente domino inter viuos disponat : quo casu certum est eum,qui consentit non solùm obligari vt per actionem conueniri possit perinde ac si ipse contraxisset *l.ei qui seruo 7.in fin.C. quod cum eo qui in alien.potest.* sed etiam amittere proprietatem *l.3. vers.sin autem postea C. de rei vindic.l 2.C.de reb.alien.non alienand.l.si seruus 61.§.locauit,* in illis verbis *& ideò colonum quia voluntate domini eos percipere videatur, suos fructus facere. D. de furt.* Videturque hęc sententia placuisse Marciano qui *in d.§.venditionis,* similia ista esse putat vt venditioni vel legato quis consentiat. Sed tamen aliud mihi iudicium est, qui video dominium ex nullo actu transferri posse quin vel traditio interueniat *l.traditionibus 20.C.de pact.* vel quid aliud,quod sit vice traditionis,vt patientia perceptionis fructuum,vt in *d.§.locauit.* Vel deniq; potestas legis *l.1.& 2. D. de publician.in rem act.l.legatum 80.de legat.2.* Atqui cùm tibi rem meam leganti consensi neque traditio aut quicquã aliud quod sit vice traditionis,vt apparet,interuenit,neque potestas legis vlla,quoniam lex duodecim tabularum quæ sola ius hoc induxit,non de alia re testandi legandíque facultatem ciui Romano dedit,quàm de re sua *l.verbis legis 120. De verb.signific.l.conficiuntur 8.§.si post factum D.de iur.codicill.* Nec adiecit, *aut de re aliena domino consentiente.* Nihil igitur domini consensus in hanc rem prodesse potest, ne alioqui fatendum sit priuatorum voluntatem & cautionem legis autoritate censeri,quod Papinianus noster negat in *l. vlt. D. de fuis & legit.* At in contractu venditionis & aliis huiusmodi negotiis quæ inter viuos contrahuntur,nihil tale tractari potest. Cùm enim de dominio ex causa venditionis transferendo agimus, necessariò ponimus interuenire traditionem, cuius potestate fiat ea dominij translatio,quam nimirũ ex solo contractu fieri non posse certum est *d.l. traditionibus §. vendita.Instit. de rer. diuis.* non magis quàm ex traditione ipsa nuda si titulus habilis nullus præcessisset *l.nunquam nuda 31. D.de acquir.rer.domin.* Porrò cùm interuenit traditio licèt ab alio facta,quàm à domino,perinde tamen habetur ac si à domino ipso facta esset quoties facta est ex eius consensu & voluntate. Quid enim potest interesse,an quis rem suam ipse tradat,an alteri tradenti consentiat,id

est an per se an per alium tradat? Nam & ratio propter quam traditio à domino facta transfert dominium, sola illa est, quòd nihil sit tã naturale quàm voluntatem domini rem suam in alium transire volentis ratam haberi *l. quæ ratione 9. §. hæ quoque res eod. tit.* Ea verò voluntas perinde interuenit etiamsi traditio ab alio fiat, ac'si fieret à domino. Nec repugnat Marcianus in *d. §. vẽditionis*, quoniam eo loco non de dominij translatione tractat, sed de remissione pignoris quæ facilius inducitur & quocunque indicio voluntatis, quẽadmodũ & solo consensu contrahitur ius hypothecę *l. contrahitur 4. D. de pig. l. 4. D. de fid. instrum.* quamuis contractus pignoris quatenus proprie sumitur & differens ab hypotheca, sit ex eorum numero contractuum, qui re perficiuntur *l. cum & sortis 35. §. 1. D. de pignorat. act.*

ERROR DECIMVS.

De testatore qui præsente ac consentiente domino legauit rem alienam: Verum, & ad quid heres ipsius teneatur.

MANEAT ergo firmum, quod in superioribus probandum suscepimus: Etiamsi maritus consentiente vxore de bonis vxoris testatus sit, non eo magis prohiberi vxorem vt suam reuocet voluntatem viuo saltem marito, nec tutum esse hoc remedium in eam rem vt vxor voluntatem mutare impediatur. Si tamen marito iam defuncto ea voluntatis mutatio superuenerit, succurrendum erit ei cui maritus rẽ vxoris reliquerit hactenus vt iuuetur exceptione doli si possideat, cùm dolo fecerit mulier quę maritum deceperit, & eiusmodi consensu adegerit eum ad sic testandum, qui haud dubiè si vxor consentire noluisset, aliter fuerat testaturus. Sed si nõ possideat, ob idq; actione indigeat, non exceptione ad rem consequendam, nullum supereſt auxiliũ quo ei aduersus mulierem succurri possit. An verò succurrendum ei sit saltem aduersus heredem testatoris vt tantundem de patrimonio defuncti præstet in corporibus bonorum, aut in pecunia ad iustam vsque rei legatæ æstimationem, alia & difficilior quæstio est. Nec enim dubitatur quin valeat legatum rei alienæ quam testator alienam sciuit, quod hîc ponimus contigisse *d. l. cùm alienã 10. C. de legat.* Nam & nostris placet post Bald. Salycet. & Iason. ad eum locum, æquè valere legatum si testator præsente ac consentiente domino legauerit rem alienam, quam putabat esse suam. In contrarium tamen me mouet, quòd testator, qui rem alienam præsente & consentiente domino legauit, non cogitauit de onerando herede quem è contrario credidit ex eiusmodi legato non iri oneratum propter accedentem domini voluntatem: quod vnum inspiciendum est cùm quæritur an valeat legatum rei alienæ cuius dominium non sit penes heredem *l. vnum ex familia 67. §. si rem de l. gat. 2.* Melius ergo est vt dicamus, ne quidem testatoris heredem hoc casu vllo modo teneri, siue testator alienam rem esse sciuerit, siue suam esse putauerit. Teneretur sanè ad præstandam legatario actionem mandati aduersus eam personam quæ legato consensisset, si qua ex eiusmodi consensu actio mandati nasceretur vt voluit Bartolus. Quidni enim hoc saltem præstare deberet, quod sine ipsius dispendio futurum esset *arg. l. in creditore 38. in fin.*

Digitized by Google

fin. D. de euict. Nam cùm valeat legatum, siue testator suam rem esse sciuerit, siue ignorauerit, nempe propter accedẽtem domini consensum, vt diximus, quidni possit ex eo nasci actio ex testamento, saltem ad obtinendam actionis cessionem? Sed cùm verius sit quod defendimus, nullam ex eiusmodi cõsensu nasci actionem mandati, apparet neque posse teneri heredem ad præstandam actionem quam non habeat, neque proinde vtile legatum esse, ex quo nihil possit exigi.

ANTONII FABRI I.C. SEBVSIANI SENATORIS SABAVDIENSIS, ET IN GEBENNENSIS DVCATVS AVDITORIO PRAESIDIS

DE ERROR. PRAGMAT. ET INTERPR. IVR.

DECAS LIII.

ERROR PRIMVS.

De fideicommisso relicto ei, quem ex pluribus diuersorum graduum personis heres elegerit.

QVOTIES fideicommissum pluribus ita relinquitur vt dubitari non possit quin omnes sint vocati, siue quòd eos testator singulos nominauerit, siue quòd nomine aliquo collectiuo vsus sit, quo plures etiam diuersorum graduum personæ comprehendantur, ea plerunque superest quæstio siue iuris siue potiùs voluntatis, An omnes simul admittendi sint, an ordine successiuo & cum graduum distinctione. In qua quæstione extat celebre responsum Modestini in *l. omnia 32. alias l. cùm ita §. in fideicommisso de legat. 2.* In fideicommisso quod familiæ relinquitur, illos ad petitionem eius admitti qui nominati sunt: Aut post omnes eos extinctos, admitti cæteros qui ex nomine defuncti fuerint eo tempore quo testator moreretur, & ex istis priores illos, qui primo gradu procreati sint, nisi specialiter, inquit, defunctus ad vlteriores voluntatẽ suã extẽderit. Cui nõ dissimiliter Pap. *in l. peto 69. §. fratre eod. tit.* ait, Si testator petierit ne domus alienaretur, sed vt in familia relinqueretur, nec paritũ sit voluntati, siue quòd heres domũ illã alienauerit, siue quòd extero herede instituto decesserit, Omnes quidẽ fideicõmissum petere posse qui in familia fuerunt:

ſed ſi nõ ſint omnes eiuſdem gradus, ita rem temperari debere vt proximus quiſq; primo loco videatur inuitatus. Nec abhorret Iuſtiniani conſtitutio in *l. vlt. C. de verb. ſign.* qua cautũ eſt, vt ſi quis elogio ſuo fideicõmiſſum familiæ ſuæ reliquerit, etiam gener & nurus ad fideicommiſſum quidem vocentur, ſed poſt mortem filij, vel filiæ, ac proinde gradatim, vt qui proximiores ſunt veniant priores, liberti verò poſt omnes: Non quòd etiam remotiores familiæ appellatione non contineantur æquè ac proximiores, (nomen enim familiæ collectiuum eſt, vt loquuntur, plurium non minùs graduum, quàm perſonarum) Sed quia in dubio, ſi non aliud de teſtatoris voluntate appareat, credendus ſit prudens quilibet teſtator eum voluntati ſuæ ordinem præſcripſiſſe, quem ſucceſſioni inteſtati lex præſcribit: Nec enim aut prudentius aut certius vllum poteſt eſſe conſilium, quàm legis. Itaque ſi heres rogatus de fundo familiæ reſtituendo aliquem eligere vellet qui ex familia quidem eſſet, at ex remotiore aliquo gradu, quem alius proximior anteuerteret, non valeret electio, nec aliorum ius læderet quos lex interpretatur fuiſſe priores ad huiuſmodi fideicommiſſum inuitatos: Nẽ alioqui teſtatoris voluntas offenderetur, non minùs quàm ſi varios fideicommiſſi gradus ille ipſe nominatim præſcripſiſſet, vt in ſpecie *l. heredes mei* 57. *§. vlt. D. ad SC. Trebell.* Quid enim refert an teſtator ipſe, an lex pro teſtatore fideicommiſſi gradus præſcripſerit? At ſi teſtator non familiæ, aut deſcendentibus, aut liberis aut agnatis vel cognatis (ſunt enim iſta nomina omnia æquè collectiua) fideicõmiſſum reliquerit, ſed ei quẽ ex pluribus diuerſorum graduũ perſonis heres elegerit, dubitatũ vidi aliquãdo inter pragmaticos: An poſſit heres aliquẽ eligere ex remotioribus, an verò cogẽdus ſit eligere proximiores. Ponimus enim plures eſſe perſonas in eo gradu conſtitutas, qui ſit proximior, inter quas poſſit cadere electio, ne alioqui locus huic quæſtioni fieri non poſſit, ſi nec alius gradus poſſit eligi, quàm qui eſt prior, nec alia proinde perſona, quàm quæ in eo gradu ſola & vnica eſt: quia non poteſt electio eſſe, niſi ex pluribus ſiue gradibus, ſiue perſonis. Quamquam autem in hanc rem non obſcura eſt Papiniani ſententia in *l. vnum ex familia* 67. *§. 1. verſitaque de legat. 2.* vbi ait, Si vnum ex familia heres eligere iuſſus ſit, cùm fortè tres eſſent ex familia eius qui fideicommiſſum reliquit ſiue eodem, ſiue diſpari gradu, ſatis eſſe ſi vni reliquerit etiam vlteriori, inquit Accurſius & rectè. Subiecta etiam ratione illa, quòd poſtquàm paritum eſt voluntati, cæteri omnes cõdicione deficiant. Nõ deſunt tamẽ, qui putent videri teſtatorẽ certos electionis gradus tacitè præſcripſiſſe, vt eos priores eligẽdos heres habeat, qui ſunt proximiores, neq; ex remotioribus quẽquã poſſit eligere, quãdiu proximiores præferri poſſunt, quaſi coniectura in fideicõmiſſis capienda ex ordine charitatis & adfectionis, cùm perſonæ ad fideicõmiſſum vocatæ tales ſunt in quas poſſit cadere ordo ille, vt quò quis teſtatori proximior fuit, eò dilectior eſſe, & quò dilectior eò prior inuitatus fuiſſe intelligatur. Solẽt verò qui ſic ſentiunt, duo proferre eiuſdẽ Papiniani reſponſa, quibus hanc ſuam ſententiã nõ obſcurè probari arbitrãtur. Vnũ eſt in *d. §. vlt. l. heredes mei* 57. *ad Treb.* vbi cùm teſtator ita ſcripſiſſe proponeretur: *Peto de tevxor chari ſima vti cùm morieris reſtituas hereditatem meam filiis meis, vel vni eorum, vel nepotibus meis, vel cui volueris, vel cognatis meis, ſi cui voles ex tota cognatione mea.* Reſpondit Papinianus, inter filios ſubſtitutionem fideicommiſſi factam videri, circa nepotes autem & cæteros cognatos facultatem eligendi datam: Sed

ex-

ex cæteris cognatis si nepotes supereſſent, non rectè mulierem electuram: propter gradus fideicommiſſi præſcriptos, Deficiente verò gradu nepotũ, ex cognatis quam velit perſonã eligi poſſe. Alterũ reſponſum eſt in *l. cùm pater 77. §. pen de leg. 2.* in cuius ſpecie teſtatrix ita ſcripſerat: *A te peto marite ſi quid liberorum habueris, illis prædia relinquas, vel ſi non habueris tuis, ſiue meis propinquis, aut etiam liberis noſtris.* Placet Papiniano nõ eſſe datã electionẽ, ſed ordinẽ ſcripturę factum ſubſtitutioni. At videamus ne vterque locus à propoſita quæſtione ſit omnino alienus. Vtroq; enim caſu diuerſi gradus ſubſtitutioni fideicommiſſariæ facti & præſcripti proponebantur, quos immutare pro arbitrio non licet heredi, nec ordinem voluntatis peruertere, qui ex ordine ſcripturæ deprehenditur: Nos verò eam ſpeciem tractamus in qua nulli gradus à teſtatore præſcripti ſint, vocatis ſub vnico nomine collectiuo pluribus perſonis, quæ tamen plurium ſint graduũ: Et quærimus, An aliqua graduũ diſtinctio per legis interpretationẽ adhibenda ſit ad eam ſcripturã fideicõmiſſi quæ gradus nullos præſcripſit, Et an eo prætextu, quòd nõ omnes eo nomine cõprehenſi æquè dilecti fuerint à teſtatore, coarctanda ſit facultas electionis, ne poſſit remotiores eligere is cui teſtator liberam ex omnibus eligẽdi poteſtatem dedit. Hoc autem eſt, quod nos abſurdum eſſe defendimus, nec minùs repugnans verbis quàm voluntati teſtatoris. Quid enim poteſt ſcribi apertiùs, ad dandam heredi libertatem eligendi quem velit, etiam ex remotioribus, quàm ſi heres iuſſus ſit fundum cui ex familia velit, relinquere? An non relinquit vni ex familia qui relinquit remotiori? *d. l. vnum ex familia §. 1.* Atqui ſi fideicommiſſum, inquiunt, familiæ ſimpliciter relictum eſſet priores admitterentur ij qui eſſent proximiores: Et quidem ex tacita voluntate teſtatoris, quaſi legis voluntatem ſubſequentis. Quis ergo ferat ab herede alium eligi, quàm quẽ teſtator ipſe proximo loco inuitaſſe videatur? Sed nihil facilius eſt quàm videre iſta prorſuseſſe differentia, Fideicommiſſũ familiæ relinquere, Et, fideicommiſſum ei dare, cui ex familia heres velit. Priore ſcilicet caſu fideicommiſſum purum eſt omnibus iis datum, qui familiæ appellatione continentur, ſaluo tamen graduum ordine, quem legis interpretatio præſcribit manca teſtatoris voluntate. Nec proinde in heredis arbitrio eſt cui det alij, quàm cui teſtatorem dari probabiliter voluiſſe lex præſumit. Poſteriore verò caſu fideicommiſſum non purum eſt, ſed condicionale, tanquam ei ſoli relictum quem heres ex familia eliget, & conſequenter qui non aliter fideicommiſſarius videri poteſt quàm ſi eligetur. Id enim eſt, quod ait Papinianus in *d. §. i. aque*, poſtquàm paritum eſt voluntati cæteros condicione deficere. Vnde etiam proficiſcitur, quod ex iis qui eligi potuerũt ſi quidam deceſſerint ante factam electionẽ, nihil ad heredes ſuos tranſmittunt, tametſi nulla poſt eorum mortem ſecuta electio proponatur, quia nec cætera legata condicionalia tranſmittuntur *l. cùm quidam 24. eod. tit. & d. l. cùm pater 77. §. hereditatem filius*, vbi tractans Papinianus de filio qui hereditatẽ paternam cùm moreretur filiis ſuis vel cui ex iis voluiſſet reſtituere fuerat rogatus, atque intercà fuerat in inſulam deportatus; Ait neque facultatem eligendi pœna peremptam eſſe, neque fideicommiſſi condicionẽ ante filij eiuſdémq; heredis mortem exiſtere: viriles autem portiones inter eos fieri qui eo tempore vixerint quo filius moriebatur, quia nec de aliis eligendi poteſtas fuit. Hinc verò fit vt vno quamuis remotiore ex familia electo, verum ſit ei ſoli datum fuiſſe à teſtatore fideicommiſſum,

in cuius scilicet vnius persona extitit condicio fideicommissi, non etiam cæteris qui, vt Papinianus loquitur, condicione defecerunt. Prius siquidem est vt quisquis se ex fideicommisso condicionali vocatum dicit, condicionē extitisse probet, quàm vt se fideicommissarium adeóque quoquomodo creditorem possit dicere, *l. is cui 42. D. de obligat. & action.* Qui porrò fideicommissarius nec est, nec vnquam fuit, nec in posterum esse poterit, qua fronte controuersiam fideicommissi facere possit ei qui solus ab herede electus hoc ipso factus sit solus fideicommissarius? Fateor ex pluribus sub nomine collectiuo substitutis præferendos esse proximiores, quia omnes sunt quidem substituti, at ex ordine: Sed nego si ex pluribus sub vno eodémque collectiuo nomine comprehensis eligendi potestas data sit, cogendum esse heredem vt proximiores, aut aliquem ex proximioribus eligat, quia nec possunt proximiores dicere se vocatos ad fideicommissum, quin priùs fuerint electi, tantum abest vt prætextu fideicommissi possint prohibere ne quis ex remotioribus eligatur. Estq; in hanc rem alius perelegans eiusdem Papiniani nostri locus in *d. l. vnum ex familia §. rogo*, vbi ait data heredi electione neminem posse fideicommissum petere quandiu præferri alius potest, sed defuncto eo priùs quàm eligat, petere omnes posse. *Itaque eueniet*, inquit, *vt quod vni datum est, vnus viuis pluribus petere non possit, sed omnes petant quod non omnibus datum est, & sta demum petere possit vnus, si solus moriente eo superfuit.* Quis enim putet permittendum proximioribus, vt impediant electionem remotioris, cùm nihil possint ipsi petere quandiu non sunt electi, licèt nec dum alius sit electus? Quantò minùs post electum remotiorem? Aut si iam inde ab initio certum est posteriorem & remotiorē præferri non posse, quid prodest datam esse heredi ex pluribus gradibus eligendi facultatem, qui non possit eligere nisi ex pluribus personis proximioris gradus? Sed & cùm is quem testator iussit fundum restituere cui vellet ex familia, possit etiam indignum præferre *d. l. cùm quidam*, propter verba illa *cui voles* quæ in meram ipsius voluntatem conferunt, non an fideicommissū debeat, sed cui debeat *l. vtrum 7. §. 1. D. de reb. dub.* Quantò magis licebit ei preferre remotiorem? Vtique enim fauorabilior est is cui nihil nisi lōginquitas gradus obiici potest, quàm is cui indignitas & ingratitudo.

ERROR SECVNDVS.

De sententia & ratione l. heredes mei 57. §. vlt. D. ad SC. Trebell.

SED & probatur hæc nostra sententia ex illo ipso Papiniani loco cuius autoritate mouebantur ij qui contra nos sentiebant. Nam in *d. l. heredes mei §. vlt.* fatetur Papinianus cognatos deficiente gradu nepotum sic vocatos esse per verba illa *vel cognatis meis, si cui voles ex tota cognatione mea*, Vt tamen possit heres quam velit ex cognatis personam eligere. Atqui possunt esse plures gradus cognatorum etiam ad succedendum ab intestato *§. vlt. Inst. de succes. cognat. l. octaui gradus 9.* iunct. *l. 1. §. hæc autem D. vnd. cognat.* Sensit ergo Papinianus posse ex supradictis verbis quemlibet gradum cognatorum eligi, tanquam nullis quod ad cognatos attinet, præscriptis gradibus fideicom-

deicommissi: Nec enim quantum ad cognatos dubitabatur apud Papinianum, an deficiente gradu pronepotum possent eligi cognati vt alijs non cognatis præferrentur, cùm de solis cognatis post nepotes locutus esset testator, sed an inter ipsos quoque cognatos aliquis ordo electionis seruandus esset, vt quosdam ex ijs priores, alios verò posteriores eligi oporteret. Quod ipsum nihil aliud est, quàm id de quo nunc quærimus: An qui iussus est vnum eligere ex pluribus sub vno nomine collectiuo comprehensis, Collectiuo inquam plurium non modò personarum, sed etiam graduum, possit remotiores eligere proximioribus neglectis. Eadem igitur fuit Papiniani sententia, quæ nostra, Nulla graduum distinctione obligari eum cui testator liberam electionem dedit, si non testator ipse aut fideicommissi aut saltem electionis varios gradus præscripserit. Hoc enim addendum est, vt duos casus excludamus, in quibus supradicta Papiniani sententia locum habere non potest. Quorum primus ille est quem Papinianus expressit, cùm testator præscripsit gradus fideicommissi, vt in specie illa quæ in eo §. tractatur, in qua substituti primo loco erant liberi, Secundo vnus ille ex liberis qui solus supereſſet, Tertio nepotes, Quarto & postremo cognati: Alter est quem Papinianus quasi à proposita specie alienum prætermittit, sed qui tamen ad explicandam iuris rationem prætermittendus non est, si plures gradus non fideicommissi, sed electionis testator præscripserit. Cuius exceptionis exemplum accommodatissimum esse potest si penas ita locutum testatorem, *A te peto, vxor charissima, vt hereditatem meam restituas cui ex filiis, vel cui ex nepotibus, vel cui ex cognatis meis volueris.* Nã in hac specie plures sunt gradus, non equidem fideicommissi sed electionis: Non fideicommissi, quia vnicum fideicommissum est, ei soli relictum, qui solus electus fuerit. Plures autem gradus fideicommissi esse nullomodo possunt, vbi non nisi vnum fideicommissum est *l. Titia Seio 87. §. Sera libertis de legat. 2. l. cùm in testamento 37. D. de h. red. instit.* Sed electionis tamen plures gradus sunt, quia sic concepta sunt verba fideicommissi vt facilè appareat testatorem ea fuisse voluntate vt ex cognatis nemo eligeretur quandiu aliquis ex nepotibus supereſſet: Multò minùs verò quisquam ex nepotibus quandiu filiorum aliquis eligi posset: Etsi enim vnica clausula esse videtur, quæ filios, nepotes, & cognatos alternatiuè coniungit, vnico etiam verbo addito ad totam orationem determinandam, siue consyderemus verbum *restituas*, siue verbum *volueris*, Reuera tamen & inspecto sensu testatoris tot sunt gradus electionis, quot sunt perfectæ orationis clausulæ quæ dant electionem. Hîc porrò tres sunt clausulæ, & quidem perfectæ, quibus datur electio, perinde ac si pluribus verbis scriptum esset: *Restituas cui ex filijs meis volueris, vel restituas cui ex nepotibus meis volueris, vel restituas cui ex cognatis meis volueris.* Quid enim refert an duo illa verba *restituas*, *volueris* sæpius expressim repetita sint, an sæpius partim expressa, partim tacitè subintellecta? Nam & cùm testator ita scripsit *Titio fundum Cornelianum, Sempronio Libonianum lego* vtique nemo dixerit Titium & Sempronium verbis coniunctos fuisse, & vna eadémque oratione vocatos, ob id solùm quòd in supradicta formula vnicum sit verbum *lego*, quandoquidem non aliter benè construi hæc clausula potest, quàm si verbum illud repetatur, acsi scriptum esset *Titio fundum Cornelianũ lego, Sempronio Libonianum lego*: quo casu dubitari non posset, quin & re & verbis disiuncti essent Titius & Sempronius. Sunt ergo & in suprascripta specie plures gradus

electionis, Cuius sententiæ vis ea est, vt quandiu ex primo gradu personæ aliqua supereſt quæ possit eligi, nemo sit ex sequenti gradu eligendus, propter gradus electionis præscriptos : Quemadmodum pluribus fideicommissi gradibus præscriptis nemo ex sequentibus gradibus fideicommissum petere posset, quandiu aliquis ex primo gradu admitti speraretur. An igitur fatendum erit plures electionis gradus esse, quoties plurium graduum electio data probabitur? Minimè verò. Sed verba quibus electio data fuerit diligenter consideranda erunt, & distinguenda. Nam si sic concepta sint, vt non possint plures videri clausulæ, quibus data electio est, sed vna tantùm, non est admittendum vt plures electionis gradus præscripti videantur, Puta si testator ita scripserit *Restituas cui ex filys, aut ex nepotibus, aut ex cognatis meis voles.* Hic enim etsi trium graduum personæ demonstratæ sunt, & quidem ex iis in quas cadit ordo adfectionis & charitatis iuxta eum ipsum modum quem testatoris scriptura præscripsit, quoniam siue amoris siue successionis ordinem attendas prior causa est filiorum quàm nepotum, itémque nepotum quàm cognatorum: Vna tamen duntaxat clausula est, quæ plures electionis gradus cõtinere nullomodo potest. Cur verò vna, si ratio illa nõ placet, quã nos iã refutauimus, quòd vnũ sit verbũ *restituas*, vnũ verbum *volueris*? Vna, inquam, quia vnicum pronomẽ relatiuũ est *cui*, quod sequẽtia illa omnia determinat *ex filiis, aut nepotibus, aut cognatis meis*, Nec necesse est vt sæpius vel exprimatur vel tacitè repetatur ad orationis & clausulæ sensum perficẽdum, quandoquidem è contrario si repeteretur faceret plures gradus electionis, quam tamen vnicam licèt per plures personarum eligendarum gradus liberam vagari testator voluit. Refertur autem pronomen illud *cui*, non ad personam eligentem, vt verbum *restituas*, & verbum *voles*, sed ad personam aliquam ex eligendis, aut si mauis, ex eligibilibus: Quæ res facit, vt omnium illarum personarum vnus tantùm gradus à testatore constitutus vi leatur: Omnibus scilicet personis illis in eandem sermonis & orationis, vnitatem per vnicum illud relatiuum coniunctis. Quod non similiter dici potest cùm testator ita scripsit *cui ex filiis, aut cui ex nepotibus, aut cui ex cognatis meis voles.* Signihcatur enim his verbis quædam personarum eligendarum distinctio per gradus, quæ in superioris formulæ verbis obseruari nulla potest. Neque est quod quis dicat articulum illum disiunctiuum *aut* tam sæpe repetitum, sufficere posse ad eam graduum siue fideicommissi, siue electionis inducendam distinctionem. Nam cùm electio nulla dari possit sine disiunctione & alternatione, non potest solus ille articulus disiunctiuus facere vt plures electionis gradus esse intelligantur, Alioqui data electione vnius ex pluribus non modò personis, sed etiam gradibus, consequens fiet vt dici semper oporteat plures electionis gradus præscriptos esse, & quidem secundum ordinem scripturæ, tametsi ordo ille scripturæ cum ordine charitatis & adfectionis non consentiat.

ERROR TERTIVS.

De sensu articuli disiunctiui positi inter plures gradus fideicommissi
Ad l. cùm pater 77. §. penult. de legat. 2.

FINGE

Digitized by Google

FINGE testatorem ita locutum *Restituas cui ex cognatis, vel ex nepotibus, vel ex filijs meis voles.* Si admittas plures in hac specie gradus electionis præscriptos esse, fatendum erit non rectè heredem electurum quemquam ex filiis, aut ex nepotibus, quandiu aliquis ex cognatorum gradu eligi possit. Certa nãq; & perpetua est illa regula: Quoties testator plures siue fideicommissi, siue electionis gradus præscripsit, ordinẽ scripturæ sequendũ esse, & ex eo sumendum esse ordinem voluntatis *d. l. heredes mei §. vlt. d. l. cùm pater §. penul. de leg. 2.* Præscribere siquidem etsi plus quàm scribere, tamen scribere est, cùm nihil aliud sit, quàm ex ordine scribere, vt ordo seruetur. Non ergo sola disiũctio posita in fideicõmisso per electionẽ relicto facere potest vt plures siue fideicõmissi siue electionis gradus præscripti intelligantur, sed articulus solus pronominis relatiui si post disiunctionẽ fuerit repetitus, vt in allato iam exemplo. Disiunctio enim cuius alioqui proprium est præcedentia separare, ac distinguere à sequentibus, cùm inter eligendos ponitur non modò non disiungit eos, sed etiam coniungit quantum ad causam electionis, hoc est vt eodem iure censeantur, quantum ad id, vt perinde possint eligi, & omnes æquè primo loco sine vlla graduum distinctione: Alioqui nulla supererit ratio coniungendorum per electionis formulam plurium siue graduum siue personarum, cùm ineptus & inutilis in eam rem sit vsus copulæ *&*, cuius è contrario proprium est ea omnia inter quæ ponitur coniungere. *l. si ita quis 86. D. de heredit. institut.* Nec enim daretur electio ei, qui & filiis & nepotibus & cognatis restituere iuberetur *dicta l. cùm pater §. penultimo*, vbi, quod magis est, adfirmat Papinianus non esse datam electionem etiamsi testator per disiunctionem ita locutus esset, *A te peto, si quid liberorum habueris vt illis prædia relinquas, vel si non habueris tuis siue meis propinquis aut etiam liberis nostris*, Nempe quia non sicut facultas eligendi datur commodè per disiunctionem: Ita positis è conuerso dicere datam esse electionem vbicumque pluribus aliquid relictum disiunctim fuit. Potest enim disiunctio esse necessaria, etiam ad multiplicandos gradus fideicommissi, qui per copulam *&* multiplicari non possent. Vniret namque copula & coniungeret gradus, quos separari oportet, vt multiplicatio inducatur: Nisi fortè quis dicat, Posse per copulam quoque dari electionem hoc modo, *A te peto vt liberis meis prædia relinquas, & nepotibus, & cognatis meis cui volueris*, Aut ita potiùs, *A te peto vt cui volueris ex liberis & ex nepotibus & ex cognatis meis prædia restituas.* Quo sanè casu dubitari minùs posset, quin eligi posset is quem heres primo loco vellet ex omnibus istis gradibus liberorum, nepotum & cognatorum, tanquam nullis siue fideicommissi, siue electionis gradibus præscriptis, qui per copulam, vt iam diximus præscribi non potuerunt. Sed tamen adhuc dicent iidem illi pragmatici contra quos disputamus, Hoc etiam casu accipiendam esse coniunctionem pro disiunctione, vt nepotes non nisi post liberos, nec rursum cognati nisi post nepotes vocati intelligantur, ordine vt aiunt, successiuo, propter ordinem, qui in has personas cadit, charitatis & adfectionis. Secundùm ea quæ in hanc rem nostri notare solent, non modò in fideicommissis, quæ facilius ex coniectura voluntatis hanc interpretationem possent admittere, sed etiam in heredum institutionibus *Ad l. Gallus 29. §. quidam rectè de liber. & post.* de quo & nos plura scripsimus in Decadibus præcedentibus. Ego verò faciliùs adm it-

terem vt coniunctiua in disiunctiuã resolueretur, ad inducendam multiplicitatem graduum fideicommissi, cùm pluribus fideicommissum præcisè & absolutè relictum est, in quorum personis ordo iste adfectionis obseruari possit, quàm vt mihi persuaderem fieri vnquam posse, vt in fideicommisso per electionem relicto hæc formularum distinctio adhibenda esset, Nihil enim referre arbitror an testator ita dixerit: *Rogo restituas cui voles ex liberis, & ex nepotibus, & ex cognatis meis.* An ita, *Cui voles ex liberis aut ex nepotibus, aut ex cognatis meis.* Data enim electio facit necessariò vt coniunctionẽ pro disiunctione accipi oporteat, ne alioqui dicendum sit quod nemo hucusque dixit, non aliter satisfactum iri hoc casu voluntati testatoris, quàm si plures eligantur qui singuli ex singulis gradibus assumantur: Vnus scilicet ex gradu liberorum, Vnus ex gradu nepotum, Alius denique ex gradu cognatorum. Hoc enim vis & potestas coniunctionis postularet, si non in disiunctionem conuerteretur. Melius ergo est vt dicamus vtriusque formulæ hunc sensum esse, vt perinde habendum sit acsi testator scripsisset, *Elige quem voles siue ex liberis, siue ex nepotibus, siue ex cognatis meis.* In qua specie, quis non fateatur esse in heredis potestate vt eligat quem velit etiam ex cognatis, licèt non desint ex liberis aut nepotibus, qui eligi possint? Quàm verò parùm aut nihil interest vtra ex his distinctionibus, *aut, vel, siue*, testator vsus sit, præterquàm quòd naturalem intellectum habet, cõstat etiã *ex d.l. cùm pater §. pen.* vbi proponebatur testator his articulis promiscuè vsus, cùm ita scripsisset: *Si quid liberorum habueris, illis prædia relinquas, vel si non habueris tuis, siue meis propinquis, aut etiam libertis nostris*: tametsi in illa specie nõ de dãda electione, sed de ordine substitutioni per scripturã faciendo, vt Papinianus loquitur, testator cõgitaret. Quantò magis hęc vocum & formularũ diuersitas contẽnenda erit, si appareat eam testatoris mentem fuisse, non vt fideicommissi gradus varios præscriberet, sed vt ex pluribus gradibus electionem liberam nullâque graduum distinctione imminutam heredi daret?

ERROR QVARTVS.

Quantùm interfit an testator electionem in fideicommisso dederit, an præscripserit gradus fideicommissi, cùm granatus vult eligere remotiorem.

DEnique hoc volo dicere, Quoties apparet testatorem de danda electione cogitasse, numquam in dubio capiendam illam interpretationem, vt gradus vllos præscribere voluerit siue fideicommissi, siue electionis. Cùm hęc ipsa *electionem dare* & *gradus præscribere* tanquam contraria opponat Papinianus *in d. §. penult. & in d.l. heredes §. vlt.* Nec tamen nego fieri posse, vt in præscribendo gradus fideicommissi testator det etiam electionẽ circa plures singulorum graduum personas, *vt in d. §. vlt.* vbi post substitutos per fideicommissum liberos primùm, deinde illum ex liberis qui vnus superesset, nulla eligẽdi facultate circa liberos data. Tertiò nepotes, Postremò cognatos, permiserat tamen testator heredi, vt quem vellet ex nepotibus eligeret, deficiente nimirum gradu liberorum: Itémque ex cognatis quemlibet deficiente gradu nepotum. Verùm id obtinet, cùm electio non ex variis gradibus,

Digitized by Google

bus data est, sed ex variis vnius nominatim gradus personis. Quo casu electionis datio diuersitatem graduum non tollit, sed suo tantùm gradui suam legem præscribit, data heredi facultate præferendi quem velit ex iis qui in illo gradu constituti sunt, quam facultatem alioqui non haberet. At nos eũ casum tractamus, quo non personæ tantùm vnius vel alterius gradus in electione positæ sint, sed ipsi etiam gradus, data heredi facultate eligendi non ex pluribus personis vnius duntaxat gradus, sed ex omnibus gradibus quem velit, ex natura relatiui non ad singulos pluréſve coniunctim gradus restricti, sed ad omnes alternatiuè accommodati. Et sanè si nihil contra testatoris voluntatem facit ille qui vnum ex familia eligere iussus in qua plures erant disparis gradus, eligit vnum ex remotioribus *d.l. vnum ex familia 67. §. 1. in fin. de leg.* 2. Multò minùs contra volũtatem facere credendus ille est, qui ex diuersis gradib⁹ eligere iussus, eligit remotiorem. Siue dixerit testator *Restituas cui volueris ex liberis, aut ex nepotibus, aut ex cognatis meis* Siue graduũ etiã mentione facta ne dubitare quis possit de gradib⁹ eũ cogitasse, in hũc modũ *Restituas cui voles siue ex primo, siue ex secundo, siue ex tertio gradu.* Apparet enim vtroque casu factã esse à testatore graduũ distinctionem non vt eligendi facultatem restringeret, sed vt eam potiùs augeret: Eò siquidem latior est eligendi potestas, quo plures sunt personæ quæ possint eligi, Eò autem plures sunt personæ, quo plures sunt gradus earum personarum in quas electionis facultas cadit. Itaque quod à testatore factum est augendi animo, diminutionem operaretur, si ob id solùm quòd plurium graduum vnica electionis datæ clausula comprehensæ sunt, prohibeatur heres vnum eligere ex remotiore gradu, quandiu ex proximioribus alius admitti potest. Quod autem ad aliud Papiniani responsum pertinet quo iidem pragmatici contra quos disputamus nitebantur *ex d. l. cùm pater §. penul.* facilis erat responsio, nihil illud ad propositam disputationem pertinere. Non enim alia ratione mouetur Papinianus, vt putet ita locuto testatore: *A te peto vt si quid liberorum habueris, illis prædia mea relinquas, Vel si non habueris, tuis siue meis propinquis aut etiam libertis nostris*: ordinem scripturæ substitutioni factum esse, quàm quòd iis verbis nulla electio data proponeretur. Sic enim scribit *non esse datam electionem sed ordinem scripturæ substitutioni factum respondi*, Ita innuens non obscurè, aliud se responsurum fuisse, si electionem dare testator voluisset. Ac quamuis illo etiam loco abuti soleant nostri, vt probẽt Disiunctam positam inter personas inter quas non cadit adfectio ordinata, non resolui in coniunctam, sed intelligi ordine successiuo: Non potest tamen dissimulare Paulus Castrensis ad eum locum, sibi hoc nõ placere. Quia, inquit, inter eos de quibus ibi Papinianus tractat, non cadebat adfectio ordinata respectu eiusdem personæ, quoniam vxor adfectionem habebat tantùm ad consanguineos suos, non ad consanguineos mariti: Et maritus è conuerso ad suos tantùm, non ad consanguineos vxoris. Nec eò minùs tamen admittit Papinianus, substitutioni ordinem scripturæ factum esse, vt propinqui heredis tanquàm priùs nominati propinquis testatoris præferantur. Ex quo infert idem Castrensis & rectè ordinem scripturæ præponderare ordini adfectionis, quoties testator certos fideicommissi gradus præscripsit. Alioqui præferendi essent in Papiniani specie propinqui vxoris quæ testabatur, propinquis mariti, qui heres fuerat institutus.

ERROR QVINTVS.

Si ex pluribus qui eligi potuerunt, nemo electus sit, An omnes fideicommissum petere possint, & quo iure.

NVLLA electione facta per eum, cui testator dederat ex pluribus eligendi facultatem, Quæri solet, quis fideicommissum petere possit, An omnes, an nemo. Nam si verum est vt est, quod proximè disputauimus, quoties vnum ex pluribus eligere heres iussus est condicionale fideicommissum esse, quippe non alij relictum quàm qui eligetur ac proinde sub ea demum condicione si eligetur *l. cùm quidam* 24 *l. vnum ex familia* 67. *§. 1. in fin. l. cùm pater* 77. *§. hereditatem filius de legat.* 2. consequens videtur, vt quemadmodum vno electo cæteri omnes condicione deficiunt *d. §. 1. in fin.* Ita nemine electo deficiant omnes condicione, & consequenter nemo fideicommissum petere possit. Et tamen contrà scriptum est plerisque iuris nostri locis, fideicõmissum scilicet petere omnes posse, qui eligi potuerunt. *d. l. cùm quidam d l. vnum ex familia §. rogo. l. Labeo* 21. *§. vlt. D. de statulib.* Atque ita vulgo nostri sentiunt, omnibus qui potuerunt eligi datum videri hoc casu fideicommissum, vt disertè scribit Castrens. *ad d. l. vnum §. itaque & ad d. §. rogo.* An quia videantur omnes tacitè quodammodo electi? Quomodo dicimus, Mortuo patrefamiliàs intestato videri ab eo tacita quadam voluntate institutos legitimos successores *l. 3. l. conficiuntur* 8. *in princip. D. de iur. codicill. l. ab exheredati* 126. *de legat.* 1. Minimè verò, nec enim posset expressè sic fieri electio vt omnes simul eligerentur: cùm ipso electionis nomine significetur necessitas præferendi aliquos cæteris. Præferri autẽ non possunt omnes, nec proinde videri elegisse is, qui omnes simul nominasset, parémque omnium condicionem fecisset. Itaque tametsi fatendum sit, nominatis, vt meliùs loquar quàm si dicerem electis, omnibus iis ex quibus vnum eligere heres iussus erat, omnes ad fideicommissum admitti debere. Puto tamen non alio iure nec alio modo admitti eos quàm quo admitterentur si nemo electus esset, Cùm nihil penitus intersit an neminem heres elegerit: an omnes vt nemo electus videatur. Aliúdque obseruandum esse dicerem si testator ei fidei commissum reliquisset non quem heres elegisset, sed quem heres nominasset. Omnes enim nominari nihil prohibet, quamuis omnes eligi impossibile sit. Quo igitur iure fieri hoc dicemus, vt siue nemo electus sit, siue omnes nominati fuerint ab eo qui vnum ex familia eligere iussus erat, omnes fideicommissum possint petere qui eligi potuerunt? Respõdebit Castrensis, quia his casibus, aut potiùs vno illo casu qui superiores duos continet, quo nulla electio facta sit, fideicommissum omnibus relictum esse videatur. Sic enim ille supradictis locis: Notans, Facta vnius electione condicionem respectu aliorum deficere, & hoc casu fideicommissum esse condicionale, Sed si nemo ab herede fuerit electus (quomodo apud Castrensem legendum & supplendum est *in d. §. itaque*) videri datum omnibus fideicommissum, & quidem purum nec vlla condicione suspensum. Hoc enim ad Castrensem addi oportet, vt ea inter duos istos casus sit differentia quã ille inducit. Quamquã autem neque vllo iuris loco, neque ratione aliqua Castrensis nititur, vt hanc suam sententiam probet, Videtur tamen posse nõ malè probari ex eo quod

Caius

Caius ſcribit in *l. vtrum 7. §. 1. D. de reb. dub.* Cùm quidam pluribus heredibus inſtitutis vnius fideicommiſit, vt cùm moreretur, vni ex coheredibus cui ipſe vellet, hereditatem reſtitueret, vtile eſſe fideicommiſſum, Ratione illa, quòd non in arbitrio eius qui rogatus eſt poſitum ſit, an omnino velit reſtituere, ſed potiùs cui reſtituat. Plurimùm namque intereſt, ait, vtrum teſtator faciat in poteſtate illius, quem obligari cogitat ſi velit dare, An poſt neceſſitatem dandi, ſolùm (ſic enim lego non *ſolius*) diſtribuendi arbitrium liberũ concedat. Quibus verbis videtur Caius innuere, Quoties alicui datur electio præcedere neceſſitatem dandi, quę faciat ne dubitari poſſit quin omnibus fideicõmiſsũ relictũ eſſe videatur. Quod ſi ita eſt, nihil ergo intererit, An vnum ex familia eligere iuſſus ſit heres, An verò fideicommiſſum reddere omnibus qui ſunt ex familia, ſi nullũ ex omnibus eligere velit. Vtriuſque enim formulæ ſecundùm Caſtrenſis ſententiam idẽ ſenſus eſt, vt grauatus ſit heres fideicommiſſum ęquè ac omnimodo reddere, vel vni, ſi aliquẽ elegerit, vel omnibus ſi neminem. Erit igitur vtroque caſu fideicommiſſum conditionale, ſed longè diuerſis conditionibus. Prioris ſiquidem fideicommiſſi quod vni relictum eſt, condicio erit adfirmatiua, Si vnum illum elegerit, Poſterioris verò negatiua, Si neminem elegerit. Hoc verò mihi probabile fieri nullomodo poteſt. Nam cùm proponatur fideicommiſſum diſertis verbis ita relictum, vt heres vnum ex familia eligere iuſſus ſit, nihil quidem fit aut præter verba, aut contra voluntatem ſi fideicommiſſum hujuſmodi quis dicat vni relictum eſſe eique incerto, ſed ex certis, ac proinde ſub condicione ſi eligetur: In eóque conuenit mihi cum Caſtrenſi & cæteris. Sed dico fieri non ſolùm præter verba, verùm etiam contra voluntatem teſtatoris ſi ex ſupradictis verbis quis dicat fideicommiſſum aliquod omnibus relictum eſſe, quod verbis apertiſſimis vni relictum fuit. At multò magis ſi quis addat, fideicommiſſum hoc quod omnibus relictum noſtri volunt, eſſe condicionale, ſi nemo eligetur. Verba enim adfirmatiua quibus teſtator vſus eſt, quomodo negatiuam condicionem includere poſſunt? Non ignoro fieri facilè poſſe, vt quod ſub condicione aliqua vni datũ eſt, ſub cõtraria condicione ademptũ, & contrà, quod ſub aliqua condicione adẽptum eſt, ſub cõtraria datũ intelligatur *l. aliquando 107. de cond. & demon. l. legata inutiliter 14. De adi. leg.* Sed vt quod vni ſub aliqua condicione datum eſt, videatur ea deficiente aliis datum eſſe ſub cõtraria cõdicione. Id verò auſim dicere nuſpiam ſcriptum eſſe, nec ſcribi vllo vnquam loco potuiſſe. Sed etſi fideicommiſſum à teſtatore ita relictum proponeretur *omnibus qui ex familia ſunt, niſi vnum ex omnibus eligere heres malit*: quibus verbis dubitari non poſſet quin fideicõmiſſum omnibus datũ eſſet, adhuc tamen dici poſſet fideicõmiſsũ illud eſſe quaſi cõdicionale, primãq; heredis voluntatẽ exigere vt nõ priùs ad fideicõmiſſum omnes de familia poſſent admitti quàm heres dixiſſet nolle ſe quẽquam eligere *l. fideicommiſſa 11. §. ſic fideicõmiſſum relictũ De legat. 3.* vbi tamen teſtator ſic dixerat *Niſi heres meus noluerit* quæ locutio valde diuerſa eſt ab illa quam nos proponimus *Niſi vnum ex omnibus eligere heres malit*, quia verbũ *malit*, quod ſuo ſenſu implicitũ continet, verbũ *velit*, temporis tractum habet & extenſiuum eſt ad tempus futurũ vt Vlpianus noſter ſubiungit *in §. ſeq. & in l. 1. §. ſi quis adita D. ad SC. Tertyll.* quod non ſimiliter dici poteſt de verbo *noluerit*, cuius poteſtas prima noluntatis declaratione conſumitur. *d. §. ſic fideicommiſſum.* Ergo quandiu poteſt he-

res vnum ex omnibus eligere, tandiu nemo dixerit omnibus ex familia fideicommissum relictum esse, nec si fideicommissum iis quæ proximè retulimus verbis conceptum proponatur : Cui consequens fiet vt si aliqui ex familia viuo herede decesserint, nihil ad heredes suos transmittant, quasi pendente legati condicione defuncti *d.l.fideicommissa §.hoc autem*, quod non æquè dici posset si fideicommissum esset purum, & quasi præsenti die datum *d.l.cùm quidam 24.de legat.2.* Quantò minùs igitur dicendum erit cum Paulo Castrensi, datum videri omnibus fideicommissum, quod testator dedit vni ex familia quem heres eligeret, si nulla sit secuta electio.

ERROR SEXTVS.

De sententia & ratione l.vnum ex familia 67.§.rogo.de legat.2.

SEd hæc fortasse magis subtilia quàm vera videbuntur, nisi Papinianum ipsum à nobis stare ostendamus. Id verò apertissimũ fiet, prolatis iis ipsis Papiniani verbis in quorũ interpretatione à Castrensi dissentimus, quæ extant *in d.l.vnum ex familia §.rogo*, in cuius specie ita scripserat testator: *Rogo fundum cùm morieris restituas ex libertis cui voles.* Ait Papinianus, quod ad verba attinet ipsius esse electionem, id est non alium ex his verbis posse fideicommissum petere, quàm qui electus erit ab herede, siue verba, siue mentem testatoris inspicias: nec proinde petere quemquam posse quandiu alius præferri potest, id est quandiu heres viuit, quia toto eo tempore liberam habet mutandæ electionis facultatem: Non ex natura electionis, sed quia non nisi cùm moreretur eligere iussus erat *d.l.vnũ in princ.* Qui enim priùs petere vellet, non solùm præmaturè peteret, sed etiam nullo iure, quia se fideicommissarium esse probare nullomodo posset: quòd tamen cuilibet fideicommissum petenti necessariò probandum est. *l. postquàm 5.§. si dies D. vt legat. seu fideic. seruand. caut. caueat.* Et quidem ex verbis testamenti *l.quidam cum filiumfamilias 46. D.de hered.instit.l.Lucius 78.§.1.& seq.ad SC.Trebell.* Nisi verba quæ desunt suppleri possint iusta interpretatione, vel eorum qui ius facere possunt autoritate suppleantur. *d.l.vnum §.si omissa & §.vlt. de legat.2.l.ex facto. 17.in princip.l.qui filium 74. ad SC. Trebell. l. verbum volo. 10. C. de fideic.* Quid ergo si defunctus sit heres priùs quàm aliquem eligeret? *Petent omnes* inquit Papinianus: sed ita tamen vt non repetat quod circa priorem speciem dixerat *quod ad verba attinet.* Neque enim dici potest fieri ex verbis id, quod aduersus verba ipsa fit, & verbis non modò non fauentibus, sed etiam repugnãtibus. Quid verò magis repugnans, quàm vt fideicommissũ quod vni datũ est, omnib° datũ interpretemur? An non dicimus *Vnũ* ad differentiã *omniũ*: Et vicissim *omnes* ad differentiã vnius? Et tamen ita esse in proposita specie vt fideicommissum hoc, quod omnes petunt vni soli relictum sit, testatur euidentissimè Papinianus ipse *in d.§.rogo*, cùm subiicit in hunc modum: *Itaque eueniet vt quod vni datum est, viuis pluribus vnus, petere non possit, sed omnes petant, quod non omnibus datum est.* Quid verò scribere potuit ille apertius, vt id ipsum exprimeret quod nos asserimus fideicommissum hoc quod secundùm verba non nisi vni datum est, non posse videri omnibus datum esse? Nec

tamen

Digitized by Google

tamen dat manus Caſtrenſis,ſed vt vim huius obiectionis effugiat, ſic interpretatur verba illa Papiniani, *quod non omnibus datum eſt* vt de ſuo ſubaudia & ſuppleat *ſi vnus eligatur*.Sed ſi nullus eligitur, inquit, omnibus datum videtur.At probabilis interpretatio hæc non eſt.Non enim ſic Papinianus loquitur vt ſimpliciter dicat, hoc fideicommiſſum non omnibus datum eſſe, ſed ita ſcribit tractans de fideicommiſſo quod omnes petunt. Ergo vult eo ipſo caſu quo petunt omnes hoc fideicommiſſum, non omnibus tamen datum illud eſſe. Atqui non omnes petunt eo caſu quo vnus eligatur, ſed quo nullus.Senſit igitur Papinianus hoc fideicommiſſum nullo penitus caſu omnibus datũ eſſe,id eſt ne tum quidẽ cùm nullus electus fuit.Vno enim electo ſuperuacuum eſſet monere,non omnibus datum eſſe id quod non omnes petant,ſed vnus duntaxat. Quis enim de eo dubitaret? Itaque negari non poteſt,quin Papiniani ſententia cum noſtra conſentiat. Sed illud tamen adhuc mirum eſt,quod nec Papinianus ipſe explicat. Quo igitur iure fiat vt omnes qui ſunt ex familia nemine electo petant fideicommiſſum, quod neque omnibus datum eſt vt probauimus, neque verò vni,propter defectam ſcilicet condicionem ſub qua vni datum fuerat, id eſt ſi eligeretur. Nam & hoc dignum obſeruatione eſt,quod non ita ſcribit Papinianus *ſed omnes petant quod vni datum eſt*,ſed ita *quod non omnibus*:Nimirũ quia nec omnibus, nec vni datum poteſt videri fideicommiſſum eo caſu, quo petunt omnes. Cùm non aliter omnes petant, quàm ſi nullus ſit electus:quod cùm euenit, quis eſt qui fideicommiſſum ſibi vni relictum poſſit dicere? Ratio quam quærimus,ni fallor, quæ facit vt electo nemine omnes fideicommiſſum petant quod non omnibus datum fuit,illa ſola adferri poteſt, quòd alioqui neceſſe eſſet euenire vt ob non factam electionem fideicommiſſum intercideret ab eo præſtandum qui vnum ex familia eligere iuſſus erat: Quo admiſſo illud etiam eueniret, vt in eius eſſet poteſtate facere ne vlli fideicommiſſum deberet, ſicut in eius poteſtate eſt, vt vel aliquem eligat,vel neminem. Atqui hoc abſurdum eſſet alienúmque à ratione iuris quæ nunquam patitur vt in poteſtate ſit debitoris an debeat *l.2.§.Scæuola alias l. non vtique D. de eo quod cert.loc.l.ſub hac condicione 8.D.de obli.& actiõ*.Nec magis ſi de fideicommiſſo quàm ſi de legato in heredis arbitrium & voluntatem conferendo tractetur *d.l.vtrum 7. §.1.D.de reb.dub.l.Senatus 43.§. legatum.de legat.1.l.fideicommiſſa 46.D.de fideic.libert.* Et ſicuti numquam debet in poteſtate debitoris eſſe an debeat,ita nec facere an debeat, vel non debeat,id eſt vt eximat ſe ab obligatione,factóque ſuo ſuam obligationem tollat *l.nec ei 17.§.1.D.de adu. l.ſi ſeruum 91.§. nunc videamus D.de verb obligat.* Ne igitur abſurdum hoc eueniat,neceſſariò inducendum & recipiendum fuit,vt ſi neminem elegiſſet is,qui vnum ex familia eligere iuſſus fuiſſet, perinde poſſent omnes petere fideicommiſſum,quod non omnibus datum eſt,ac ſi omnibus datum eſſet. Alterutrum enim admitti neceſſe fuit,vt vel omnes fideicommiſſum petere poſſent, vel nemo. Vnus námque vt poſſet petere fieri nullo modo poterat, cùm ſciri non poſſet electo nemine quis vnus ille eſſet qui fideicommiſſum ſibi datum dicere poſſet.Quamquam non tam incertitudo iſta eſt quæ facit ne poſſit quiſquam ſolus ſciance electo nemine petere fideicommiſſum eligendo vni datum,quàm quòd ſi ſingulos inſpicias qui eligi potuerunt, reperias eſt in omnium perſonis defectiſſe conditionem quæ in cuiuſque ſingulatim perſona impleri potuit,ſi ſolus is fuiſſet quem impleri oportuerat,vt poſ-

set vnus ille ad fideicommissum admitti: Tantùm abest vt dici possit in omnium persona extitisse condicionem, quæ in singulorum personis defecit. Ex quo intelligimus totum hoc ius de omnibus admittendis ad petendū fideicommissum quod non omnibus datum fuit, atque ita verbis ipsis repugnantibus, ex interpretatione aliqua descendere: eaq; non voluntatis, sed iuris, adiuuantis volūtatē testatoris, ne circūueniri eā ab herede patiatur potiùs quàm supplentis aut verba testamēti, aut voluntatē testatoris in aperta verborū sententia: quod Iureconsulti facere nūquam solent: quippe quorū munus semper fuerit vt sæpius ex Cuiacio monuimus, interpretari, non supplere *l. commodissimè* 10. *D. de liber. & posthum.* Nego esse hanc interpretationem voluntatis, quia is qui vni fideicommissum relinquit quem heres elegerit, nihil prorsus exprimit, propter quod videri possit ea esse voluntate, vt si nemo eligatur, omnes ad fideicommissum admittantur. Nam præter id quod ipsa formula verborum, ex quibus potissimùm ac multò certiùs voluntas deprehenditur, suadet potiùs vt non omnibus fideicommissum dare voluerit is, qui vni dedit, quemadmodum vnius electio excludit in totum cæteros, *d. l. vnum §. 1. vers. itaque*, Illud etiam multò conuenientiùs ac verisimiliùs disputari posset, Eum qui vno electo cæteros omnes excludi voluit quasi defectos condicione, perinde voluisse excludi omnes quasi condicione defecta si nemo eligeretur, vt eadem sit ratio omnium, quantum ad omnes, quæ vnius quantum ad vnum. Est igitur hæc interpretatio iuris potiùs quàm voluntatis. Necesse siquidem est vt ius hac parte se interponat ne sit in arbitrio heredis grauati neminem eligendo, fideicommissum eludere, & in pœnam non factæ electionis, in quo si non dolus certè negligentia saltem aliqua versatur vt tractat Bart. *ad l. si quis Titio* 17. *§. 1. de legat.* 2. Ita autem se ius interponit, vt patiatur omnes fideicommissum petere, non quasi ea fuerit defuncti voluntas, sed quia nihil melius habet quod constituat: Vt sunt alia pleraque iure ciuili vel recepta vel constituta, non aliā ob causā, quàm quia nihil melius dici possit, Quale illud est vt frater fratri, agnatus agnato proximo succedat. Nec enim aut votum naturæ aut ratio vlla miserationis hereditatem fratris fratri adiudicat, vt solemus dicere cùm de parentum, aut liberorum successionibus disputamus *l scripto* 7. *§. vlt. D. vnd libe.* sed ratio illa sola, quòd post parentes & liberos persona nulla sit quam aut fratri præferri, aut cum fratre concurrere æquum sit.

ERROR SEPTIMVS.

De pluribus ob nullam electionem factam ad fideicommissum admittendis. An simul, an ex ordine. Et ad Nouell. 1. §. exheredatos de hered. & falcid.

POrrò cùm iusta interpretatione ita fiat vt si is qui vnum ex familia eligere iussus erat, neminem elegerit, omnes possint fideicommissum petere quod in casum electionis vni datum fuerat, in casum verò nullius secutæ electionis, nemini: Consequens est, vt non omnes qui eligi potuerunt, admitti debeant ad petitionem fideicommissi, sed ij tantùm quos iuris ratio habeat pro fauorabilioribus, & qui aliqua de causa digniores

Digitized by Google

res videri debeant, qui cæteris præferantur. Proinde si ponas in ea familia plures fuisse personas disparis gradus, quamuis potuerit grauatus heres vnum eligere ex remotioribus quoque gradibus secundum ea quæ in præcedentibus disputauimus, nulla tamen facta electione sic temperanda res erit, vt proximiores priore loco inuitati videantur. Nam & eadem iuris interpretatio adhiberetur, tametsi omnibus, qui ex familia sunt, fideicommissum relictum esset *l. omnia* 32. *alias l. cùm ita §. in fideicommisso l. peto* 69. *§. fratre de legat.* 2. Nemo autem dixerit melioris condicionis esse debere illos, qui in remotiore gradu familiæ constituti sunt, cùm fideicommissum petunt, quod ipsis datum non fuit, quàm forent si fideicommissum peterent sibi datum. Præsertim cùm id, quod dicimus, fideicommisso familiæ relicto præferri proximiores, non ex verbis fiat, sed ex iuris interpretatione, sic accipientis voluntatem testatoris, quasi testator iuris rationem, & ordinem sequi voluerit. qui alioquin si remotiores cum proximioribus concurrerent, peruerteretur. *l. vlt. C. de verb. signific.* Quanto magis eadem iuris interpretatio facienda erit, illo casu quo nihil aliud sit quod fideicommissum faciat præter ipsam iuris interpretationem? Neque verò nouum est, vt latiùs pateat causa voluntatis quàm iuris. Idem namque accidit aliis casibus plerisque, ac ferè semper, quia lex subsequitur voluntatem dummodò iustam, non voluntas legem, nisi hactenus vt contra legem nihil fiat, adeò vt quamuis causa testati præcedat causam intestati, si nihil nisi iuris rationem spectemus, aliud tamen dici oporteat si testatoris voluntas illa fuerat vt causa intestati præcederet, testati verò sequeretur. *l. si quis ita* 82. *D. de hered. instit.* Et in ea ipsa specie quam tractamus cùm fideicōmissum familiæ relictū est, etiamsi verum sit quod diximus proximiores remotioribus anteponendos esse, si tamen testator ad remotiores voluntatem suam extenderit non dubitatur quin admitti remotiores debeant siue vnà cum remotioribus, siue etiam ante remotiores si ea testatoris voluntas fuit vt potior semper sit causa voluntatis quàm iuris, dum ne ius voluntati resistat *d. §. in fideicommisso.* Eâdem ratione dicendum est, Si quid sit quod impediat, ne proximiores admitti possint, admittendos etiam primo loco remotiores, puta si eum qui erat in proximiore gradu familiæ testator per aliam testamenti clausulam à bonis omnibus suis deiecerit quòd eum putaret indignum, siue indignitatis causam iustam habuerit, siue iniustam: Nec enim iusta esset illa interpretatio quæ indignum & à testatoris substantia iam expulsum cum aliis nec indignis nec expulsis admitteret, Multò minùs illa quæ indignū hunc & expulsum cæteris anteponeret, eo solo prætextu quod proximior esset. Solet enim proximitas iis solis prodesse quibus nihil obstat, & facere vt cæteris paribus præferendi sint proximiores, non autem hactenus vt omnimodo præferantur etiamsi aliquid sit propter quod debeant repelli. Quid verò iniustius dici potest, quàm eum qui à testatore propria substantia pulsus est vocari ad res quarum participem eum fieri testator noluerit? quomodo ratiocinatur Iustinianus *in Nouell. 1. §. exheredatos de hered. & falcid.* quo loco etsi loquitur de filio à patre exheredato, & quidem iustè ita vt nihil ex patris habeat voluntate: habet tamen ea ratio perinde locum in quolibet etiā extraneo quem testator ex causa aliqua siue vera, siue falsa, siue iusta, siue iniusta à bonis suis summouerit. Nam & huic conueniunt verba illa Iusti-

niani *eum qui à testatore propria substantia pulsus est*. Nec maior ratio est cur ei faueamus qui à bonis testatoris summotus est citra exheredationem cùm exheredari non debuerit, puta quoniam extraneus fuit, qui exheredari nisi ineptè non posset, *l. quidam* 132. *de verb. obligat.* quàm si ex liberis & exheredatus esset. In liberis namque expressam & sollennem exheredationem requirimus, eámque iustam, quia difficilius est vt à paterna hereditate summoueantur liberi qui alioquin forent sui heredes *l. in suis* 11. *De libert. & posthum.* quique paternam petendo successionem penè ad propria bona veniunt *l.* 1. §. *largius. D. de succes. edict.* Ergo in cæteris quos exheredari non est necesse, idem admittendū erit etiamsi neque exheredati sint, neque exheredationis causam vllam admiserint, cùm sufficiat quòd noluerit testator bona sua ad eos peruenire, vt ab eius bonis omnino excludantur, ne alioqui eueniat vt facilius admittantur ij, qui facilius excluduntur. Nec quod Iustin. eo loco de testatoris hereditate tractat, nos verò de fideicommisso agimus, quicquam ad rem facit. Nam & per fideicommissum succeditur testatori, non minus, quàm per causam hereditatis *l. coheredi* 41. §. *cùm filia De vulg. & pupill. substit. l. sequens quæstio* 67. *de legat.* 2. *l.* 1. 2. *& pass. D. ad SC. Trebell.* Cæterùm quàm accommodata sit nouella illa Iustiniani constitutio ad eum casum quem tractamus, ex eo apparet, quòd ex ea constitutione vocantur ad hereditatem etiam illi, quibus testator hereditatem non dedit: sed vel fideicommissum, vel legatum, vel libertatem: Quomodo in specie qua de agimus, fideicommissum petunt illi quibus tamen fideicommissum nullum datum est, vtrumque solius iuris potestate, sed hac tantùm differentia quod fuit autoritas Iustiniani necessaria vt ius nouum illud induceretur, quo permittitur etiam ei qui heres scriptus non sit adire ex testamento hereditatem: At potuit sufficere iuris communis ratio & interpretatio, vt nulla facta electione possent fideicommissum petere illi etiam quibus datum non esset si modò eligi potuissent. Quemadmodum igitur Iustinianus non omnes eos quibus testamento aliquid datum est simul ad hereditatem admittit, sed ex ordine, ita vt potior sit causa substituti, deinde coheredis, tùm fideicommissarij vniuersalis, postea legatarij aut fideicommissarij singularis cui plus relictum sit, subinde illius qui libertatem aut directam, aut fideicommissariam meruit, denique legitimorum heredum, & post omnes fisci, Ita & in proposito fatendum est eum ordinem seruari debere, vt in fideicommisso quod non omnibus datum ab omnibus tamen petitur, potior sit causa proximiorum si non sint excluſi: Remotiorum verò si proximiores, aut indigni aut excluſi reperiantur. Nec distinguemus an iis, quos testator excluſit aliquid dederit quo eos iusserit esse contentos, an nihil. Non enim minoris potestatis excluſio est, vno quàm alio casu *l. peto.* 69. *in princip.* & ibi nostri notant *De legat.* 2. *l. quæsitum*, 78. §. 1. *de legat.* 3. Et quod Iustinianus *in d. §. exheredatos*, de iis exheredatis loquitur, qui nihil penitus habeant ex substantia testatoris, non eò pertinet vt fauorabilior illorum causa esse debeat, qui aliquo accepto à reliquis bonis excluſi sunt, sed vt appareat Iustinianū, qui eo loco de exheredatis liberis tractat, adeóque de iis tātùm, qui iustè exheredati sint, quibus vix est vt à parente quicquam relinquatur, non de iis agere qui vel bona mente exheredati fuerint, quomodo multi olim exheredabantur, *l. multi* 19. *De liber. & posthum.* vel in minima aliqua hereditatis parte instituti, atque ita effectu ipso licet non expressim à reliqua hereditate

ditate excluſi, quos alia Iuſtiniani conſtitutio habet pro inſtitutis in tota legitima portione *l.omnimodo.30.C.de inoff. teſtam.* Horum enim cauſa minùs odioſa videri debet, quaſi quos teſtator non tam odio aliquo ſit proſecutus, quàm minùs amauerit: Quæ res non facit eos indignos, quominùs ex beneficio legis admitti poſſint ad hereditatem adeundam quæ ab aliis fuerit repudiata: Quemadmodum & ſi Bartolo noſtro credimus & cæteris *ad l. quoties.13.C.de hered.inſt.* haberent etiam ius adcreſcendi. Quamquam poſſet dici, multò facilius poſſe ius adcreſcendi ſaluum alicui conſeruari, quàm ius ſuccedendi per fideicommiſſum in bonis à quibus fuerit per teſtatorem excluſus etiam aliquo accepto, Cùm ius adcreſcendi non poſſit à teſtatore prohiberi ſecundum eam ſententiam quam nos in ſuperioribus Decadibus contra Bartolum defendimus, liberum autem ſit cuilibet alios omnes præterquàm ſi ſint ex aſcendentibus aut deſcendentibus à ſucceſſione ſua pro arbitrio ſummouere, Nulla quoque adiecta cauſa, multò magis verò ſi aliqua adiecta ſit, ſed quæ vera probari non poſſit, neque aliud in aſcendentibus & deſcendentibus ipſis conſtituendū eſt, ſi tales ſint, quos nec inſtituere nec exheredare ſit neceſſe, id eſt ſi ab alio qui in proximiore gradu ſit anteuertantur: Hos enim neque inſtitui, neque exheredari neceſſe eſt, niſi neceſſitate, vt noſtri loquuntur, cauſatiua, id eſt ideo tantùm ne rumpant quandoque teſtamentum ſuccedendo in locum eius à quo teſtamenti tempore anteuertebantur.

ERROR OCTAVVS.

De perſona præterita quæ habetur pro exheredata, an poſſit fideicommiſſum petere inter cæteros qui ſunt ex familia.

SEd etſi teſtamentū ab eo factū proponas cuius præteritio pro exheredatione eſſe poſſit & debeat, puta ſi mater ſit, aut auus maternus, idipſum iuris obtinere debet, quod obtineret in teſtamēto extranei, vt qui à bonis teſtatoris eiuſmodi teſtamēto ſummotus, & excluſus eſt, non magis fideicommiſſum petere poſſit, inter cæteros qui ſunt ex familia, quàm ſi eſſet cum iuſtę cauſę adiectione exheredatus: Non tā ob id quòd pro exheredato haberi debeat hic qui præteritus fuit, id eſt neque inſtitutus nominatim neque exheredatus, tametſi aliquid ei legatū proponatur ne per obliuionē prętereitus videri poſſit, *§.poſthum. Inſt. de exher.lib.* Quā propter ſpecialem & nominatim factā excluſionem, quæ omnino certè neceſſaria eſt, vt excludatur hic à fideicōmiſſi petitione ad quam ceteri omnes qui ex familia ſunt admittuntur. Præteritio enim ſola etſi pro exheredatione habetur, non tamen adeò indignū facit cū qui præteritus eſt, quominùs alia via & per fideicōmiſsū ad bona teſtatoris admitti poſſit, atque ſi eum teſtator nominatim & expreſſim à bonis ſuis omnibus expulſiſſet, Niſi ponas præteritum fuiſſe adiecta aliqua præteritionis cauſa eáque iuſta qualem requirit Iuſtiniani Conſtitutio *Nouell. 115. Vt eum de appel.cognoſc.§. aliud quoque capitulum.* Vix enim dici poſſit quamobrem vel in quo minoris poteſtatis eſſe debeat eiuſmodi præteritio quàm exheredatio nominatim facta. Sed cùm ea cauſæ adiectio non ſit præciſe & abſolute neceſſaria in quacumque præteritione pro exheredatione habenda, at illo ſolùm caſu quo ea perſona præterita ſit quæ primum in

Digitized by Google

cauſa ſucceſſionis gradum locúmque obtineat, volo dicere non omnem prætentionem quæ pro exheredatione ſit, tantam vim habere poſſe ad ſummouendum præteritum à petitione fideicommiſſi, quantam haberet nominatim facta excluſio. Eſt enim ſimilior exheredationi & proximior excluſio, quàm præteritio, etiam quæ pro exheredatione habeatur. Maximè verò ſi penas nullum huiuſmodi excluſionis effectum alium eſſe poſſe, quàm vt excluſum qui à teſtatoris omnibus bonis expulſus fuit, arceat à petitione fideicõmiſſi, quod continget facile, quoties talis erit excluſus, vt nihil ei ab inuito teſtatore relinqui debuerit, nec ille quicquã ex bonis teſtatoris, niſi ab eius liberalitate ſperare. Tritum namque ac veriſſimũ eſt ſic interpretandas omnes ſiue teſtamenti ſiue contractus clauſulas, imò ſingula clauſularũ verba, vt aliquid operentur. *vulg l. ſi quando* 109. *de leg.* 1. Erit verò hoc indubitatius ſi teſtator eã excluſionis, & vt loquũtur, priuationis quam irrogauit cauſam attulerit quę offendat habitum ab eo fuiſſe pro indigno illum quem excluſit, ſiue ratio indignitatis aliqua intercenerit, ſiue colorem illum quæſuerit teſtator, vt erga illum malè ſe probaret affectum. Nam & cùm teſtator pluribus legatum dedit ſub eo nomine quod omnibus æquè conueniat, & omnes comprehendere aptum ſit, conſtat tamen ad legatũ admitti eos nõ poſſe quos teſtator aliquando proſecutus eſt odio niſi probent conciliationẽ intercenisſe *l. Lucius* 88. *§. Lucius Titius Damam de leg.* 2. vbi rectè Bartolus notat, in generali teſtatoris diſpoſitione non contineri perſonas odioſas, cui non diſſimiliter Baldus *ad l.* 1. *D. teſtam. quemad. inſpic.* verba generalia reſtringenda ſemper eſſe ad honeſtos petitores. Quanto magis dicendum eſt, ad fideicommiſſum, quod non tam ex verbis teſtamenti aut ex mente ac ſententia teſtatoris, quàm ex mero legis beneficio per iuſtam interpretationem inducatur, admitti eos non debere qui vel teſtatorem re vera offenderint, vel quaſi offenderint, ab eo ſint nominatim excluſi? Faciliùs enim lex à ſeipſa poteſt hanc interpretationem euincere verbis fideicommiſſi, neque fauentibus, neque repugnantibus, quàm ſi verba repugnarent, quomodo repugnare videbantur in ſpecie *d. §. Lucius Titius Damam.* Etſi ea quoque ratio vim excluſionis auget, quòd verba generalia non ſolent eos comprehendere de quibus aliquid iam ſpecialiter cautum, & diſpoſitum ſit, Nec ſi fauorabilis fuit diſpoſitio vt cernere eſt in ſpecie *l. coheredi* 41. *§. qui patrem de vulg. & pup ſubſt. l. alimenta* 16. *§. Baſilica l. Stichus* 20. *De alim. & cibar. leg.* Multo igitur minùs eos comprehendent de quibus antea nominatim cautum & diſpoſitum reperiatur in eorum odium & ad ipſos à bonis teſtatoris omnibus, ac in totum excludendos: Ne alioqui videamur inconſtantiam exprobrare teſtatori qui tam citò, ac ſine cauſa mutauerit voluntatem *vulg. l. nõ ad ea* 89. *ff. de condic. & demonſtr.* Eſtque longè fauorabilior & plauſibilior illa interpretatio quæ clauſulam vnam teſtamenti ex alia intelligendam eſſe docet *vulg. l. qui filiabus* 14. *de leg.* 1. Non eſt ſupradictis contrarium, quod ſcriptum eſt in *d. l. cùm quidam* 24. *l. vnum ex familia* 67. *§. rogo de le.* 2. *l. Labeo* 21. *§. vlt. ff. de ſtatulib.* Nemine electo ex iis qui eligi potuerunt admitti omnes ad fideicommiſſum nulla diſtinctione adhibita, vtrum ex iis quidam proximiores ſint, aut digniores. Nam præter id quod omnibus iis locis agitur de libertis qui omnes æquè liberti ſunt, & in quos vix vllus ordo adfectionis, vlláve graduum diſtinctio cadere poteſt, non ſunt iſta pugnantia, Admitti omnes ad fideicommiſſum, quod Iureconſulti ſupradictis locis

aiunt.

aiunt,& quod nos volumus, admitti ex ordine ita vt proximiores remotioribus præferantur: nam & Papinianus noſter ita loquitur *in d. l. peto* 69. §. *fratre de leg.* 2. vt duo iſta quaſi æquè ac ſimul vera coniungat. Quanquam ſi de excludendo eo agatur qui non remotior ſit ſed à teſtatore iam excluſus, nunquam admittam vt poſſit hic fideicommiſſum petere non modò cum cæteris, at neque poſt cęteros, ita vt fiſcum potiùs ei prę ferri oporteat quàm vt vllo ſiue caſu ſiue tempore contra teſtatoris voluntatem petens audiatur, quomodo Bartolus ſentit de filio exheredato in ſpecie *d. §. exheredatos Nouell. 1. de hered. & fa'cid.* Nec enim quicquam hac parte diſtat inter exheredationem, & expreſsã ac ſpecialiter à teſtatore factam excluſionem vt oſtendimus. Et omni caſu exceptio doli obſtat ei qui aliquid petit ex teſtamento contra voluntatem *l. 1. §. vlt. l. 4. §. preterea l. dolo* 8. §. 1. *D. de dolo mal. excepț.* Superioribus ſimile eſt quòd ſi teſtator fundum aliquem familiæ aut vni ex familia relictum, de familia exire prohibuerit, placet omnes qui ſunt ex familia fideicommiſſum petere poſſe in caſum contrauentionis, id eſt ſi fundus ille extra familiam alienetur *l. filiusfamilias* 114. §. *Diui* 2. *de legat.* 1. An quia fideicommiſſum huiuſmodi à teſtatore datum ſit? Minimè. Nulla enim hîc verba ſunt precaria ex quibus fideicommiſſum æſtimatur, ſed prohibitoria. Sed quia nihil eſt quod iuris interpretatio facere meliùs poſſit ad conſeruandam defuncti voluntatem, quæ illa fuit vt fundus non alienaretur. Non enim aliter reuocari poteſt alienatio quàm ſi fideicommiſſum inducatur in eorũ fauorẽ qui ex familia ſuperſunt. Indéque fit vt ea ipſa iuris interpretatio quæ fideicõmiſſum hoc inducit, non omnes inuitet qui ſunt ex familia, ſed iuris ordine ſeruato, id eſt proximiores primo loco *d. l. peto* 69. §. *fratre de leg.* 2. Item vt ab huiuſmodi fideicommiſſo arceantur illi omnes qui partes ſuas alienauerunt, & eandem voluntatem teſtatoris offenderunt *l. cùm pater* 77. §. *libertis eod. tit.* Denique vt ad hoc fideicommiſſum inuitati videantur etiam ii quibus heredes extranei fideicommiſſam libertatem reddiderunt. *d. l. cùm pater §. fidei heredum*, quamuis verum ſit iſtos nec de nomine eſſe nec de familia teſtatoris, nempe quia cùm tale fideicommiſſum non ex verbis, ſed ex ſola iuris interpretatione inducatur, nec tam ex voluntate, quàm ad conſeruandam voluntatem, vtique recipit aliam interpretationem, prout ratio iuris & æquitatis dictare videtur, quod non ſimiliter obtineret ſi fideicommiſſum ex verbis ipſis deberetur. Tunc enim verba ſpectanda eſſent quæ ſi aperta & clara proponerentur, nullam interpretationem exigerent, nec eam facilè paterentur *d. l. cùm quidam* 24. *de leg. 2. l. ille aut ille* 25. §. 1. *l. non aliter* 69. *de leg. 3.*

ERROR NONVS.

Si teſtator eum quem à bonis ſuis omnibus excluſerat, poſtea eligi permiſerit.

ATT pone, quod aliquando ex facto contigiſſe ſcio, auum maternum qui cùm plures ex filia nepotes haberet maſculum vnum, fœminas duas, & ex ſingulis nepotibus plures quoque at diſparis numeri, ſexúſque pronepotes, poſt excluſum à bonis ſuis nepotem adiecta etiam cauſa quòd inuito ſe ac inuita matre vxorem minùs congruam duxiſſet, ma-

trique suæ & eidem filiæ testatoris litem de paternis bonis minatus esset, Eodem tamen testamento institutam ex asse filiam grauasse, vt cùm moreretur hereditatem restitueret illi vel illis quos ex tribus liberis suis aut liberorum liberis nominare vellet, Iniuncto præterea onere illi illisve qui nominati essent vt nomen & insignia testatoris perpetuò deferrent ad familiam eius perpetuandam : Neque tamen vllam à filia quandiu vixit nominationem factam esse, sed defunctam eam superstite illo ipso filio quem auus excluserat, itémque superstitibus pronepotibus ex filiabus prædefunctis: Constabat non eò minùs fideicommissum deberi, quòd filia vnum pluresve nominare iussa nominato nemine decessisset. At quærebatur, An nepos ille ab auo excluſus ad huiusmodi fideicommissum ante pronepotes aut saltem cum pronepotibus admitti deberet. Is enim se non modò simul cum cæteris admittendũ esse contendebat, sed etiam præ cæteris & ante omnes, quòd proximiore gradu esset, quòd masculus & hoc ipso ad arma testatoris deferenda magis idoneus, quòd testatori cognitus fuisset, denique quòd primo loco nominatus quasi testator per scripturæ ordinem gradus electionis, & consequenter fideicommissi præscripsisset, vt in *l. cùm pater, 77. §. pen. de leg. 2 l. heredes mei 57. §. vlt. D. ad SC. Trebell.* Sic enim habebant verba Gallica, quibus Latina nulla possint satis commodè respondere: *Et apres la mort de sa fille il luy substitue en tous ses dits biens celuy, ceux ou celles de ses dits trois enfans ou des enfans de ses enfans qu'elle voudra nommer. A la charge que celuy, ceux ou celles qu'elle nommera seront tenus de porter à perpetuité le nom & les armes du testateur afin de perpetuer sa famille.* Qui pronepotum ius defendebant, cùm propositionem illam generaliter & indistinctè verissimam putarent quæ asserit, Nulla facta per heredem grauatum electione, omnes ad fideicõmissum vocatos videri quotquot eligi potuerunt *ex l. cùm quidam 24. l. vnum ex familia 67. §. rogo. de leg 2. l. Labeo 21. §. vlt. D. de statulib.* de quarum sententia & ratione iam multa diximus in præcedentibus, non alio iure actorem repelli posse credebant, quàm si negarent eligi eũ à matre potuisse, propterea quòd eodem testamento & per illã clausulã quæ heredis institutionem immediatè præcedebat testator nepotem hunc à bonis suis omnibus, adiecta etiam voluntatis suæ causa, repulisset. In quam sententiam mouebantur ex eo quòd in generali testatoris dispositione nunquam comprehendantur eę personæ quas testator non multò antè pro indignis vel odiosis habuit, nisi reconciliatio probetur *l. Lucius 88. §. Lucius Titius Dámam de legat. 2. d. l. cùm pater 77. §. rogo eod. tit.* Itémque quòd is qui à testatore nominatim exheredatus & excluſus fuit, ante heredis institutionem, ab omnibus gradibus qui institutionem sequuntur excluſus esse intelligatur, *l. 3. §. antè heredis D. de liber. & posthum. §. exheredatos Nouell. 1. De hered. & fal.* Vnde sumpta est *Auth. hoc amplius C. de fideic.* Ne si aliter interpretemur, fatendum sit inconstantẽ fuisse testatorem qui tam citò, nullãq; nõua causa emergente priorem suã voluntatẽ correxerit, quod nunquam est probabile *vulg. l. non ad ea 89. D. de condi. & demon.* Ego verò post grauissimos pleroſq; viros, qui ex facto responderant de ea re consultus, dicebam nõ posse negari, quin hic nepos ex eorum numero esset, quos per filiam eligi posse testator voluerat, neque admittendam esse quæstionem voluntatis, cùm nulla in verbis ambiguitas esset *l. ille aut ille 25. §. cùm in verbis. l. non aliter 69. de legat. 3. l. Labeo. 7. in fin. D. de supell. legat.* Apertè siquidem testator masculum

lum aliquem in electione posuerat duobus illis pronominibus demonstratiuis *celuy,ceux*,quæ in personis duarum fœminarum verificari,vt nostri loquuntur,nullomodo poterant, adiectum enim erat *ou celles* ad eum casum exprimendum,quo solæ fœminæ duæ plurésve sine masculis eligerentur. Alius porrò masculus præter hunc nepotem nullus erat. Nec ad rem faciebat quod respondebatur posse masculum de quo testator sensserat & scripserat sumi ex gradu pronepotum,quod ex pronepotibus quoque eligendi potestatem filiæ pater fecisset. Hanc enim interpretationem verba testamenti nullomodo patiebantur quibus scriptũ erat *celuy ceux ou celles des susdits treis enfans* designato expressim numero liberorum primi gradus quos habebat filia, & subiecta mentione liberorum sequentis gradus,iis sequentibus verbis, *ou des enfans de leurs enfans*,Ne dubitari posset quin testator eligendi facultatem daret filiæ quem vellet ex tribus filiis suis primi gradus, qui porrò neque tres erant, neque ex iis masculus quisquam si non hic nepos in eo numero computaretur. Nam & simili ferè modo argumentatur Paulus *in l.vltim.versic. quia Ei vel Eis verba vtrosque fratres complecterentur. D. ad SC. Trebell.* Fatendum igitur erat eam testatoris voluntatem fuisse vt posset hic nepos à matre sua eligi inter cæteros, tametsi alia eiusdem testamenti parte ab omnibus bonis testatoris summotus fuisset: Neque quod de tam subita voluntatis correctione in dubio vitanda obiiciebatur, locum habere poterat in proposita specie, in qua dubij nihil erat. De illo solo dubitari poterat an solus & ante omnes eligi debuisset, quod ille vt suprà diximus contendebat. Id verò nulla mihi ratione probabile videbatur cùm eadem ipsa quæ retulimus verba liberum filiæ arbitrium darent nominandi quem vel quos vellet non minùs ex nepotibus quàm ex filiis suis, nulla graduum siue electionis, siue fideicommissi distinctione præscripta, sed positis æquè omnibus in electionis condicione & alternatione per vnicam clausulam, non quia ab vnico verbo regeretur quod æqualiter & vniformiter omnia determinabilia determinare deberet, vt alii dicebant (idem enim euenerat in specie *d.l.cùm pater §. penultim. & d. l. heredes mei.§.vltim.*) sed quia vnico relatiuo *quem vel quos* omnes personæ demonstratæ erant quas testator voluerat eligi posse. Nec enim testator dixerat *restituas liberis tuis vel cui ex eis voles, aut nepotibus tuis, & cui ex eis voles* vt in *d.§. vltim.* qua formula fuissent præscripti gradus electionis,nec rursus ita,*Restituas liberis tuis, aut nepotibus tuis* quo casu non tam electio data,quàm varij fideicommissi gradus præscripti viderentur,vt *in d.§.penult.* Sed in hunc modum,*Restituas cui ex liberis aut ex nepotibus tuis voles.* Quomodo si locutus fuisset testator apud Papinianum *in d.§. penult. d.l. cùm pater & d.§. vltim.l.heredes mei*, vtique non respondisset vt puto Papinianus quod respondit præscriptos à testatore gradus fidejcommissi,alioqui nunquam dari casus poterit,in quo data electionedicendũ non sit præscriptos esse gradus per ordinem scripturæ,cùm fieri nequeat vt pluribusperſonis siue eiusdem gradus,siue plurium,in passiua eligendi facultate positis,non sint alij priore,alij posteriore loco nominati,vt disputauimus in Errorem octauum. Quod verò nepos hic addebat se masculum,nullius eat ponderis,cùm sexus facere non possit vt nepos magis quàm neptis ex filia sequatur familiam aui materni, cui æquè omnes sunt extranei tanquam qui patris sui nomen & familiam retineant, *l. pen. D. de agnosc. & alen d. liber.*

Sicut & quod adferebat se testatori cognitum fuisse, non etiam pronepotes, qui maiore ex parte post aui mortē concepti & editi fuissent, fauorabiliorem ipsius causam facere non poterat, sed tantò duriorem, quòd eum auus pro ingrato & indigno habuisset, qui enim viuo testatore concepti nondum erant, sicuti nihil de illo promereri poterant, ita neque ipsum offendere, ob hoc ipsum digniores quos auia in eligendo præferret filio qui auum maternum cui erat cognitus, & de quo promereri poterat, offendere maluisset. Parum enim est non promereri de aliquo, si cum, qui non promeruit compares cū eo qui offendit. *d. l. cū pater §. rogo.* nec quod pronepotes ab auo materno cogniti nunquam fuissent vsque adeò nocere iis debebat vt ob id succedere prohiberentur, cùm non eo minùs verum esset vocatos eos fuisse & quidem sub cōdicione & in diē incertum mortis auiæ, quo tempore sufficiebat esse illos in rerum natura, vt in aliis omnibus fideicōmissis & dispositionibus condicionalibus euenit, in quibus scilicet non dispositionis sed euentis condicionis tēpus inspiciendum est *d. l. cùm pater 77. §. hereditatem filius de l. gat. 2. l. si in persona* 14. *C. de fideicom. l. intercidit* 59. *l. eum qui post apertum* 104. *D. de condic. & demonstrat.* Minus verò mouebat, quod pro nepote adferebatur, Contra testatoris voluntatem fore si in tot frusta & partes scinderetur testatoris hereditas, quot fieri necesse esset admisso pronepotum concursu cum nepote, quandoquidem testator vnicam sibi heredem scripserat, velléque se bona in familia conseruari declarauerat, vt familiæ suæ amplitudini consuleret, quod non fieri commodiùs poterat, quàm si in vnius tantùm persona totius patrimonij amplitudo retineretur. In promptu namque responsio erat, imò verò contrariam testatoris mentem ex eo apertissimè probari quod in filiæ arbitrio & potestate posuerat vt ex liberis suis ac liberorum liberis & plures & quot veliet, nominaret, adeò vt etiamsi omnes ab ea nominari contigisset, nihil tamen ab ea contra voluntatem factum dici potuisset, cùm non eligere sed nominare iussa esset. Data siquidem electione certum est non posse omnes eligi, sed data nominandi facultate possunt omnes nominari, in eóque plenior est nominationis, quàm electionis appellatio, vt monuimus in superioribus. Et verò admissis in hereditatis communionem pluribus personis, quæ omnes & nomen & insignia testatoris deferre cogerentur, tantò melius satisfactū iri videbatur desiderio ipsius ad nominis familiæque perpetuationem: Nec contrariæ voluntatis coniectura sumi ex eo poterat, quòd is non nisi vnicam heredem scripsisset. Quid enim aliud fecisset is qui vnicam habebat filiam ? Aut cur filiæ coheredes dedisset nepotes ex eadem ipsa filia, quos non nisi propter filiam diligebat? *arg. l. dotem* 6. *D. de collat. bonor.* Placebat itaque nepotem potuisse quidem nominari à matre, non tantùm inter cæteros sed etiam præ cęteris omnibus si mater voluisset, At non potuisse cogi matrem vt eum eligeret, si cæteros etiam remotiores ipsi æquare adeóque præferre maluisset, propterea quòd liberū eligendi, & nominandi ex omnibus quē aut quos vellet, arbitriū filiæ dedisset pater. nullis penitus, aut electionis, aut fideicōmissi gradibus præscriptis, illa proinde succedebat quæstio, An quia nullam filia nominationē fecisset, admittendus esset nepos, & an cū eo pronepotes cæteri, quos diximus simul cū eo eligi potuisse. Id enim consequens videbatur ei quod vulgo creditur, Nulla electione facta admittendos esse generaliter & indistincte omnes, ad fideicommissum quotquot eligi & nominari potuerunt.

Digitized by Google

runt. Atque ita is qui de cauſa cognouerat vir maximus, nec minùs ſcientiæ quàm probitatis gloria inter ſuos conſpicuus, mihi etiam ſi quid hoc ad rem pertinet, amiciſſimus, pronunciauerat adhibitis pluribus adſeſſoribus, diuidenda bona fideicommiſſi in tot partes, quot erant illorum capita qui nominari potuiſſent, computatis, quod magis eſt, in eo numero ipſius quoque nepotis liberis, quòd non minùs illi, quàm pronepotes ex neptibus inter eos qui eligi poterant, à proauo poſiti fuiſſent. Mihi contrà videbatur, etſi nullos neque electionis, neque fideicommiſſi gradus teſtator præſcripſiſſet, in eum caſum quo nominatio aliqua ſequeretur, ſi tamen nemo eſſet nominatus, inuitatos quidem ad fideicommiſſum ex ſolius beneficio legis omnes, quos nominare filia potuiſſet, at cum hoc temperamento, vt graduum diſtinctionem ſeruari, ac prout quiſque proximior eſſet, ita præferri eum oporteret, ſecundum ea quæ duobus proximis capitibus diſputauimus. Quare nec dubitabam quin ad fideicommiſſi partem admitti deberet nepos ſi aliud nihil ei obſtaret, cùm nemo illum præcederet: Non tamen ſolus, quia etſi eius ſorores in eodem gradu conſtitutæ prædeceſſerant, ſuperſtites tamen liberos reliquerant qui in earum locum ſubintrantes eundem gradum iure repræſentationis occupabant, quos proinde ex ea ipſa iuris ratione, quæ proximiores anteponit, cum auunculo ſuo concurrere, neceſſe erat, ſi auunculus non aliqua de cauſa ſuccedere prohiberetur, aut ſi auunculo quid obſtaret, anteponi cognatis ex eo auunculo ſuſceptis, tanquam proximiores remotioribus, propterea quòd non ſicut pronepotes ex præmortuis neptibus perſonas gradúmque matrum repræſentabant, ita ſimiliter dici poterat repræſentari à pronepotibus ex viuo nepote gradum quem nepos ipſe viuus implebat, & ne vacare videretur, impediebat. Igitur cùm in ea eſſem opinione, vt ab eo fideicommiſſo arcendus eſſet nepos, quem teſtator non ſolùm odio proſecutus fuiſſet, verùm etiam indignum exiſtimaſſet, adeóque diſertis verbis ab omnibus bonis ſuis excluſiſſet, in eo tandẽ conquieſcebam, vt ſolos pronepotes ex neptibus prædefunctis ad fideicommiſſi petitionem admittendos eſſe exiſtimarem, & quidem in ſtirpes non in capita cùm ſuccederent iure repræſentationis, & de aſcendentis id eſt aui proauíque ſucceſſione ageretur. Excluſo nepote tanquam indigno & per ipſum teſtatorem ſummoto, excluſis item omnibus ex eo pronepotibus, tanquam remotioribus. Nec proinde dubitabam, quin malè iudicatum eſſet in eo quod & ad petitionem fideicommiſſi admiſſus fuerat nepos, & cum eo liberi eius, quódque inter omnes iuſſa erat diuidi hereditas in capita quæ inter ſolos pronepotes ex neptibus prædefunctis in ſtirpes diuidi debuiſſet.

ERROR DECIMVS.

De non admittendo ad fideicommiſſum inter cæteros proximiore qui etiam ante cæteros eligi potuiſſet diſtinctis à teſtatore gradibus fideicommiſſi.

ATQuoniam in tota hac mea opinione nihil minùs probabile videbatur, quàm quòd admiſſa graduum diſtinctione nihilominùs nepotem in totum excludebam quem tamen gradu proximiorem, aut ſaltẽ in proximiore gradu poſitũ eſſe conſtabat, in hoc maximè laborandũ fuit

vt oſtenderē quo iure arcēdus eſſet hic nepos, qui & ex proximioribus eſſet, & cum cæteris adeóque præ cæteris omnibus eligi potuiſſet. Nā cur ſolus ad hoc fideicōmiſſum admitti non deberet, ratio erat apertior. Nēpe quòd in eo gradu proximiore ſolus non eſſet, pronepotibus ſcilicet ex neptibus prædefunctis eundem gradū ex perſona matris iure repreſentationis, vt dictum eſt occupantibus. Quod enim vulgò, nec malè traditum eſt, In fideicommiſſis ius repræſentationis locum non habere ad hunc caſum non pertinebat, in quo de aſcendentis ſucceſſione agebatur, quemadmodum iam attigimus, & ſequenti Decade latiùs differemus. Dicebam autem, eam ipſam rationem, quæ faceret vt ad huiuſmodi fideicommiſſum priores admitti deberent illi qui eſſent proximiores, etiam facere debere vt ab eo eſſet in totum arcendus nepos, quamuis eſſet ſi non ſolus proximior ſaltem ex proximioribus. Ratio quæ proximiores inuitat, & remotiores interim repellit qui priores eligi ac nominari potuiſſent, nō alia eſt, vt diximus, in præcedētib. quàm quòd nulla ſiue electione ſiue nominatione ſecuta, fideicommiſſum nullū ſuperſit, niſi quod ſola iuris poteſtate per interpretationem inducitur, ne teſtatoris voluntas impunè contēpta per heredem ad ſe vltrò exonerandū, neglectáque videretur, & quia in hac ſpecie nihil eſt, quod ius facere meliùs poſſit in pœnā eius qui noluit eligere cùm ex teſtatoris voluntate id facere & poſſet & deberet *l. ſi quis Titio* 17. §. 1. vbi Bart. *de leg.* 2. Ius autem, cuius poteſtate huiuſmodi fideicommiſſum inducitur, non alium ſenſum in eo inducendo ſeruare poteſt, quàm quem ſeruaret in interpretatione fideicommiſſi, quod pluribus ſub nomine collectiuo relictum proponeretur: In quo fideicommiſſi quamuis expreſſi genere, ſic interpretanda eſſet voluntas teſtatoris, vt prout quiſque ſibi proximior eſſet, ita priorem illū inuitaſſe ad exemplū & modum legis crederetur, *l. omnia* 32. *alias l. cùm ita §. in fid. icommiſſo l. peto* 69. §. *fratre eod. tit. de legat.* 2. Multò igitur magis eadem iuris interpretatio locum habere debet in hoc fideicommiſſo quod ab iis petitur quibus datum à teſtatore non fuit, nec ob id ſolùm quòd perabſurdum fuerit plus iuris eos habere qui ad fideicommiſſum veniunt præter teſtatoris voluntatem, quàm eos qui aperta expreſſáque voluntate nituntur, ſed etiam, quòd cùm inter plures contendentes aliqua graduum diſtinctio eſt, habet ius noſtrum aliquid quod ſtatuat meliùs, quàm vt omnes ſimul ad fideicommiſſum venire patiatur, hoc vnum videlicet, vt proximiores primo loco inuitet, ac ſubinde remotiores. Quid enim neceſſe eſt admitti omnes ſimul, cùm inter admittendos tanta eſt ratio diuerſitatis? Eâdem porrò ratione fieri dicebā, vt ſi quis ex iis qui ad huiuſmodi fideicōmiſſum aut ſimul cū cæteris, aut ante cæteros tanquā proximiores admitti alioquin deberent, indignus reperiatur qui admittatur, & ab ipſo teſtatore ſummotus & excluſus ab omnibus bonis, nullus ei locus dari debeat ad ſuccedendum ex fideicommiſſo, per quod ſcilicet teſtatori ſuccederetur *l. coheredi* 41. §. *cùm filia de vulg. & pup. ſubſti. §. reſtituta Inſt. de fideic. hered. l.* 1. 2. *& paſſ. D. ad SC. Trebell.* Eſt enim hoc etiam caſu aliquid quod meliùs ſtatuere lex poſſit, quàm vt omnes ſimul & indiſtinctè ad fideicommiſſum admitti patiatur, Nempe vt eum quē diſertis verbis teſtator iuſta præſertim ratione motus à ſucceſſione ſua excluſerit, non ſinat cum aliis concurrere ad partem iis faciendam, multò minùs verò aliis præferri. Vna enim legis intentio eſt vt quæ diſpoſita ſunt à morientibus, impleantur. Quis autem iuſtum putet eum qui ab ipſo teſta-

teſtatore propria ſubſtantia pulſus ſit vocari ad eas res quarum teſtator fieri eum participem noluerit? Inquit Iuſtinianus *in §. exheredatos Nouell.1. De hered. & falcid.* Quidni ergo hanc quoque iuris interpretationem adhibeamus in eo fideicommiſſo interpretando, quod ſola, vt diximus iuris poteſtate inducatur? Obſeruandum tamen eſt nos de illo tractare, qui non tantùm indignus ſit, ſed etiam excluſus nominatim ab ipſo teſtatore, vt maior ſit vis & poteſtas excluſionis nominatim factæ, quàm indignitatis. Indignus enim poteſt aliquando non ſolùm admitti inter cæteros, ſed etiam cæteris præferri *d.l. cùm quidam.* At excluſus non poteſt *d. §. exheredatos.* Atqui iam dictum eſt, inquies, nepotem hunc quem teſtator auus non modò indignum dixerat, ſed etiam quaſi indignum excluſerat, nihilominùs eligi à matre potuiſſe, ſi eum mater aut cum cæteris concurrere, aut aliis etiam præferri voluiſſet. Quidni ergo admittetur etiam nulla facta electione, Aut cur ei nocebit vno caſu indignitas vel excluſio, quæ alio caſu non noceret? Hoc verò eſt in quo totius quæſtionis cardo verſabatur. Dicebam, euidenter diuerſam eſſe horum caſuum rationem: Nec quod teſtator nepotem hunc quamuis indignum & excluſum, eligi tamen à filia & nominari permiſiſſet, conſequens eſſe vt perinde voluerit illũ admitti etiam non nominatũ. Caſus enim ille nominationis à filia factæ ſupponit in neceſſarium antecedens præcedentem aliquam inter matrem & filium reconcili ationem, ac placatam à filio pacatámque matris offenſam, cùm non eſſet veriſimile futurum vnquam vt filium hunc mater ad fideicommiſſum imitare vellet, quin priùs ei omnes præteriti temporis offenſas remiſiſſet. Quod prorſus diſſimile eſt in caſu cõtrario, quo defuncta ſit mater, nulla nominatione facta. Prudens autẽ conſiliũ teſtantis aui animaduertebatur, qui cùm non alia de cauſa offenſus eſſet nepoti, quãquòd is minùs piè matrem tractaſſe, eique multas querelæ cauſas præbuiſſe diceretur, capacẽ eum manere voluerat, vt à matre nihilominùs eligi poſſet, Ne ſi omnẽ ei ad ſuccedendũ in bonis auitis viam præcluderet, hoc ipſo reuocare illum videretur ab iis præſtandis officiis quibus matris erga ſe voluntatem promereri ac prouocare poſſet, Et contrà, Vt ſpe futuræ nominationis & electionis quam in perſonam ſuam à matre conferri poſſe ſciret, tantò magis eniteretur benè mereri de matre, veteréſque offenſas nouis delere beneficiis, vt ſibi reditum ad aui bona quæreret, à quibus alioquin excluſum ſe videret. Nec enim parum momentum eſt in liberorum voluntatibus erga parentes conciliandis, ſi credant liberi ſe ſibi obſequio parare poſſe ſpem aliquam ſucceſſionis *l. nec ei 17. §. penult. D. de adopt. l. ſi quando 35. §. 1. C. de inoffic. teſtam.* Itaque non tam nepotis huius quàm filiæ commodo & contemplatione videbatur teſtator in eam veniſſe voluntatem, vt ſuum nepotem quem iam excluſerat, nominari tamen à matre pateretur, & ita demum ad fideicommiſſum admitti, ſi à matre nominatus inueniretur. Exemplo eius quod nos diſputauimus *in Error. 1. Decad. 26.* Si quis ab herede inſtituto fideicommiſſum reliquerit ſub ea condicione quæ vulgo ſolet adiici, ſi heres grauatus ſine liberis decederet, liberos in condicione poſitos eſſe, non tam vt ipſis, quàm vt ipſorum patri faueretur, Ne ſcilicet ſuperſtites relinquens liberos fideicommiſſum vllum deberet quod alioqui debuiſſet *l. filiusfamilias 114. §. cùm quis erit de legat. 1. l. generaliter 6. C. de inſtit. & ſubſtit.* Nam & in propoſita ſpecie non paruus fauor filiæ eſt, vt quem velit ex ſuis liberis poſſit eligere ac nominare. Etiam indignum & ingratũ,

vt hac ſpe allectus ille melius de matre mereatur, fiátque tantò dignior & gratior. Quemadmodum è contrario non leuis pœna eſt matris, ſi qua de cauſa vt puta ob ſecundas nuptias electio quam inter liberos alioquin haberet ei aufferatur *Cap.* 1. *Nouell.* 2. *de non elig. ſecund. nub. mulier.* Porrò cùm mater quæ poterat hunc quamuis indignum & excluſum eligere, ac nominare deceſſit nulla facta nominatione, nullus vtique matris fauor ſupereſt propter quē dici debeat hunc qui poterat eligi, admittendū eſſe ad fideicommiſſum cum cæteris aut præ cæteris, ſed redundaret totū illud in fauorem filij, qui tamen cùm non modo indignus dictus ſit à teſtatore, ſed etiam à bonis omnibus excluſus, odio tantùm, non etiam fauore aliquo dignus videri poteſt. Denique cùm teſtator hunc nepotem ſemel excluſum non reuocaſſet ad ſua bona per viam fideicōmiſſi niſi in eū expreſſim caſum quo à matre ſua nominaretur, Omnino conſequens erat, vt nulla per matrem facta nominatione ſi quæreretur an nihilominùs admitti nepos deberet, non ex communis iuris regulis definiri ea res deberet quę ſi noſtris credimus admittūt generaliter & indiſtinctè ad fideicommiſſum omnes qui eligi potuerunt, ſed ex alia eiuſdem teſtamenti clauſula, per quam hic ipſe nepos excluſus inueniebatur. Vnde fiebat vt nō poſſet hic caſus dici omiſſus, quē teſtator nō apertè expreſſiſſet. Atque hæc mihi omniū fortiſſima ratio eſſe videbatur, cùm illi qui nepotis causā tuebantur, non alio iuris colore niterentur, quàm quòd caſus qui euenerat nullius factæ nominationis, omiſſus videretur, & ideò ex iuris cōmunis diſpoſitione, vt loquebantur, regulandus. Vnum illud ſententiæ noſtræ valde obſtare videbatur, quod obiici poterat *ex d. l. eium quidam*, Eo caſu quo poſſit etiam indignus eligi ac præferri, ſi nemo electus ſit admittendos omnes ad petitionem fideicommiſſi etiam indignos. Sed præter id quod iam reſpondimus, loqui Vlpianum eo loco de indigno tantùm non etiam de excluſo, illud præterea obſeruandum eſt, indignos eos eſſe accipiendos qui heredem eligere iuſſum offenderint, non eos qui teſtatorem. Nam qui teſtatorem ipſum offenderunt, numquam ad legati communionem cum cæteris admittuntur, nec ſi verbis generalibus quibus teſtator vſus eſt, contineantur, niſi aliquid ſit ex quo appareat vel ſecutam reconciliationem, vel teſtatorem ad eos quoque voluntatem ſuam extendiſſe *d. l. Lucius* 88. §. *Lucius Titius Damā de leg.* 2. iunct. *l. eium pater* 77. §. *rogo eod.* In propoſito autem nepos de quo tractabamus non tantùm matrem, ſed etiam auum offenderat ducta vxore inuito eo à quo tamen ingentia pleraque beneficia & inter cætera inſignis cuiuſdam ac præcipuæ dignitatis gratuitam reſignationem accepiſſet. Quare nec in eorum numero poni debuiſſet, quos matri licebat eligere, niſi vis verborum quibus teſtator electionem filiæ dederat, ſententiā hanc extorqueret, cùm tā aperta eſſent verba, vt nullus interpretationi locus relinqueretur. Sed non inde conſequens fiebat, vt extrà caſum nominationis deberet admitti cum cæteris ad petitionem fideicommiſſi, quod nulli relictum, omnibus tamen debitum quid em erat ſed ex beneficio & interpretatione legis, ac proinde non aliis quàm quos ius dignos interpretaretur, qui cum cæteris admitti deberent: In quo numero hic eſſe non poterat qui teſtatorem offendiſſet, adeóque excluſus ob eam cauſam ab omnibus teſtatoris bonis fuiſſet. Planè ſi matrem ſolam offendiſſe diceretur, non dubitarem quin admitti poſſet cum cæteris qui non offendiſſent, ſiue offenſa teſtamentum præceſſiſſet, ſiue ſubſecuta fuiſſet. Sed hoc ita demum ſi non in dignitati

dignitati iuncta esset exclusio quę in casu nostro iũcta reperiebatur, ideóque nullã dubitãdi causam relinquebat, quominùs manere deberet exclusus in euentum nullius secutæ nominationis. Excluso itaque nepote, & admissis ad fideicommissum pronepotibus ex neptibus prædefunctis, quæstio illa sola supererat, An cum iis pronepotibus admitti deberent etiam pronepotes ex nepote excluso. Admittendos enim iudex pronunciauerat, etiamsi patrem quoque ipsum admisisset. Defendebam non debuisse illos admitti sed pronepotes ex neptibus solos, quia quæ ratio faciebat vt potuissent illi admitti etiam cum nepote si exclusus is non fuisset, nempe quod matrum suarum personã gradúmque repræsentarent, atque ita in eodé gradu quo nepos ipse constituti viderentur, eadem faceret vt iltis ex nepote pronepotibus præferri deberent, tanquam qui beneficio repræsentationis proximiores haberentur quos natura pari gradu produxisset, nec enim poterat similiter dici, pronepotes ex nepote gradum repræsentare patris sui, qui cùm adhuc superstes esset gradum suum implebat, nec vacare patiebatur, tametsi exclusus probaretur: quoniam non sicut per mortem ita & per exclusionem gradus vacat, obstátque proculdubio filius exheredatus liberis suis quominus ad successionem aui siue paterni siue materni venire possint, quamuis mortuus non obstaret *l. si quis si 10 6. in princ. D. de iniust. rupt. l. scripto 7. D. vnd. libe.* nec quod dici solet exheredatos pro mortuis habendos esse ad hunc casũ pertinet vt alio loco explicauimus, *ex l. 1. §. si pater in potestate D. de coniung. cum emanci. liber. eius.* Et tamen potuerant etiam pronepotes isti à filia eligi si ea voluisset, quia erant ex numero eorum in quos electionis facultatem cadere posse testator voluerat, neque tantùm soli aut cum auunculis poterant eligi, sed etiam cum suo patre, cum quo tamen admitti eos multò improbabilius erat, non solùm quòd si pater exclusus non esset, potior eius causa esse deberet, quàm liberorum tanquam vno gradu remotiorum, sed etiam quod inauditum sit vt pater cum liberis concurrat quoties vocati sunt omnes sub nomine collectiuo ad successionem eius cuius dispar & ordinata fuerit charitas & adfectio, qualis est ascendentis erga descendentes. Nam & hoc casu placeret absurdi huius vitandi gratia coniunctam resolui in disiunctam, vt nostri notant *ad l. Gallus 29. §. quidam rectè D. de liber. & posthum.* Ex quo apparet quod diximus esse verissimum, Non omnes qui potuerunt eligi & nominari, statim debere admitti cessante nominatione. Neque enim dubitationem res habebat, quin potuisset filia etiam viuo patre eligere nepotes ex filio perinde ac nepotes ex præmortuis filiabus superstites, quamuis essent vno gradu remotiores, & tamen admitti eos simul cum patre absurdum erat, nisi hactenus saltem vt ad vnicam portionem cum patre admitterentur vt in *l. cùm emancipatus 13. §. 2. & seq. de bon. poss. contr. tab.* Non enim ideò liberi vocantur ad fideicommissum cum patre, vt partem ei faciant, sed potiùs vt ei in casum substituti videantur, quomodo Papinianus loquitur *in l. Julianus 26. D. si quis omiss. caus. testamen.* Cùm etiamsi ex propria persona filius viuo patre admitteretur, tamen fideicommissi commodum non sibi, sed patri acquireret, inspecta iuris veteris ratione *vulg. l. placet 79. D. de acquirend. hered.* Nisi fideicommissum in id tempus collatum esset, quo filius esset sui iuris *l. filiofamilias 42. l. duos mater 70. l. mater filio 93. de condic. & demonstr. l. mulier 22. vers. Brasidas. D. ad SC. Trebell. l. quidam cùm filiusfamilias 46. D. de hered. instit.* Denique qui patrem liberis coniungit, om-

nes eorũ personas sic quasi vnicã personam intuetur *l. vlt. C. de impub. & aliis substi.* quæ lex in hanc sententiam omniũ accõmodatissima est, quandoquidẽ loquitur de liberis cũ patre suo per institutionem etiam ab extraneo factam vocatis, Qui casus longè minorem habet dubitationem quàm si vt in proposito aliquis ex ascendentibus filium suum cum susceptis ex eo nepotibus, aut nepotem cum superstitibus ex eo pronepotibus, vocasset *d. §. quidam rectè d. l. omnia alsàs l. cum ita §. inter fideicommisso De legat. 2. l. peto* 69. *§. fratre eod.* Multò autẽ magis idẽ obseruari debet cùm parentes & liberi vocantur solius legis beneficio iurisque interpretatione. Solos igitur ex præmortuis neptibus pronepotes fideicommissum petere posse videbatur, & quidem non in capita, quomodo pronunciatum erat, sed in stirpes cùm non nisi repræsentationis iure præferrentur. Sed fiet hoc apertius ex iis quæ sequenti Decade dicturi sumus, De repræsentationis iure in fideicommissis inducendo.

ANTONII FABRI I. C. SEBVSIANI, SENATORIS SABAVDIENSIS, ET IN GEBENNENSIS DVCATVS AVDITORIO PRAESIDIS

DE ERROR. PRAGMAT. ET INTERPR. IVR.

DECAS LIIII.

ERROR PRIMVS.

De sententia & lectione. §. cùm quidam 24. & l. cùm pater 77. §. rogo 15. De legat. 2.

QVæ disputauimus superiore Decade aduersus pragmaticos & interpretes nostros de fideicõmisso per electionem relicto, vix benè poterunt intelligi, si non subiiciamus cõiecturam nostram de lectione ac sententia *l. cùm quidam 24. de legat. 2.* quæ totius tractationis huius præcipuam partem continet. Vereor enim ne locus sit partim exscriptoris vicio corruptus, partim à Triboniano etiam deprauatus, qui sententiam Marcelli aliter interpretatus sit, quàm aut ab ipso Marcello expressa fuerit, aut per Scęuolam accepta. Vlpianus, cui ea lex tribuitur, initio refert Marcellum putasse, cùm quidam ita fideicommissum reliquisset, *Rogo restituas liber-*

libertis meis quibus voles posse heredem etiam indignum præferre: Nempe propter liberum arbitrium ei datum eligendi quem velit per verba illa *quibus voles* quæ largissimam & latissimam habent significationem. Tum subiicit, *At si ita his quos dignos putaueris, petere posse ait eos qui non offenderint.* Hoc verò primũ est, quod ego non possum intelligere: nã cùm euidenter Marcellus aut Vlpianus, ex Marcello id agat, vt differentiã constituat inter has electionis dandæ formulas *quibus voles* & *quos dignos putaueris*, Circa priorẽ verò formulam nihil aliud dixerit, nisi quòd potest heres etiam indignum prẽferre, omninò consequens est vt circa posteriorem formulam, non de illo tractauerit Iurec. quis fideicommissum petere ab herede possit, sed de illo potiùs, quem possit heres præferre. Sic enim aperta & congrua erit antithesis si dicamus eam legis sententiam esse vt posteriore casu possit heres non alios prẽferre quàm qui nõ offenderint. Cùm tamẽ priore casu possit etiã indignos præferre, quo indignorũ nomine non alij digniùs significantur, quàm qui offenderunt: Itaque puto abundare verbum *petere*, eóque sublato legendum simpliciter *posse ait eos* subaudiendo scilicet verbum *præferre* repetendum ex clausula præcedente. Quod non intelligens malus interpres, cùm sententiam vt credibile est mancam & imperfectam esse putaret, addidit de suo verbum illud *petere*: Nisi fortè probabilius quis putet, vt pro *petere* reponamus *præferre*. Nam nec tantã inter has dictiones diuersitas est, vt non facilè potuerit mendum irrepere vicio & inscitia exscriptoris. Alterutrum sanè omnimodo probandum esse ex eo intelligimus quod toto illo legis initio tractat Iureconsultus de eligendi non de petendi iure: Non ob id solùm quòd quandiu eligẽdi ius durat, petendi ius nulli cõpetit vt disertè Papinianus scribit *in l. vnum ex familia 67. §. rogo eod. tit.* Sed etiã quia casum illum contrarium quo electio nulla facta sit, tractare incipit Iureconsultus in vers. seq. iis verbis *Idem ait si neminem eligat omnes ad petitionem fideicommissi admitti*, quæ apertum est cò pertinere vt sciamus non quis ad fideicommissum eligi, sed quis cessante electione ad fideicommissum admitti possit. De quo tamen priusquàm dicere pergamus, monendum est, Marcelli sententiam illam quæ habet posse indignum quoque præferri ab herede grauato sub hac verborum formula *Rogo restituas libertis meis quibus voles* non de illo accipi debere qui ob hoc sit indignus quòd testatorem ipsum offenderit (nec enim de talibus indignis sensisse vnquam videtur testator, licèt verborum generalitas patiatur nisi secuta probetur reconciliatio iam ipso tempore testamenti *l. Lucius 88. §. Lucius Titius Damam eod.*) sed de illo qui offenderit heredem. Nam nec testatoris, sed heredis gratia huiusmodi clausula poni solet *l. cùm pater 77. §. rogo eod. l. seruos 20. D. de manum. testam.* Nec quicquam facit heres contra voluntatem, cùm indignum præfert, si liberum eligendi arbitrium habeat à testatore, quomodo habet cùm testator ita scripsit *quibus voles*. At cùm ita *his quos dignos putaueris* non aliter videtur satisfacere voluntati quàm si præferat eos qui non offenderunt. Videtur enim hoc casu commissa ei electio tanquam viro bono, non vt liberum eligendi quem vellet, arbitrium haberet, Vir autem bonus non arbitrabitur dignum esse illum, qui heredem offenderit: ac proinde fieret contra voluntatem, si indignus eligeretur, ex eóque iniuria cæteris inferretur qui digni essent cùm non nisi dignis fideicommissum præstari testator voluerit. Quid ergo si quidam sint, qui non solùm heredem non offenderint, sed de illo etiam promeruerint? Nemo negauerit quin

isti sint digniores, nec tamen ideò cogetur heres ipsos præferre, quia sufficit vt non præferat indignum, quasi dignus sit quisquis non probatur indignus *d.l. seruos & l. testamento* 51. *in princip. D. de manum. testam.* Non enim iussum relinquendi his quos heres dignos putauerit, includit iussum relinquendi dignioribus, sed videtur libertis omnibus etiãsi non æqualiter promeruerint, relictum tamen æqualiter fideicommissum *d. l. cùm pater §. rogo.* Multùm tamen refert an testator ita scripserit *his quos dignos putaueris vt in d.l. cùm quidam*, an ita, *Rogo bona tua distribuas liberis tuis, vt quisque de te meruerit* quo modò *in d. §. rogo.* Hoc enim posteriore casu etsi cessante matris electione perinde admittuntur omnes qui non offenderunt, solíque illi non admittuntur qui offenderunt, non alios tamen eligere ac præferre mater potest quàm qui soli promeruerint, ita vt si quosdã elegerit ex iis quoque qui promeruerunt, non aliter futuri sint illi potiores quàm si soli promeruerint. An quia testator expressè habuerit respectum ad merita? vt Bartolus sentit *ad d. §. rogo.* Minimè Nam & cùm testator promerendi verbo vsus est, non impedit ea res quominùs etiam illi qui non promeruerunt admittantur cum cæteris, si modò non offenderint, vt Papinianus ipse fatetur *in d. §. rogo* & Africanus *in d.l. seruos* rursúmque idem Papinianus *in d.l. testamento*, sed quia testator non dederat filiæ arbitrium dandi omnibus liberis qui promeruissent, sed adiecta dictione restrictiua *prout* & distributiua *quisque* per hanc formulam *prout quisque de te promeruerit.* Vt appareret testatorem ea fuisse voluntate vt non alij possent eligi quàm qui promeruissent, itémque vt quisquis promeruisset eligi necessariò deberet si qua fieret electio, inspectis singulorum meritis, quamuis non inspecta in singulorum personis æqualitate meritorum. Id enim est quod Papinianus scribit *in d. §. rogo Eos autem quos mater elegerit fore potiores si soli promeruissent, existimauit.* Nam cùm negari non possit, quin supradicta formula datum sit filiæ arbitrium distribuendi bona sua inter liberos, nec ita tamen vt vel eos qui offendissent præferre posset iis qui non offendissent, vel eos qui nõ offẽdissent iis qui hoc ampliùs promeruissent, Cõsequens erat vt vel neminem eligere deberet filia si vellet omnes qui non offendissent ad fideicommissum admitti, Vel vt deberet eligere eos qui promeruissent & solos & omnes: Ne alioqui faceret iis iniuriam contra testatoris voluntatem, si vel merentibus præferret immeritos quamuis nec demeritos, vel ex merentibus aliquos neglectis cæteris, qui si non æquè tamen quoquomodo meruissent: cùm singulis merentibus datum esset fideicommissum propter dictionem illam distributiuam *quisque*, nec nisi merentibus propter dictionẽ restrictiuam *prout*, in casum scilicet electionis. Nulla enim facta electione fatetur Papinianus datum esse fideicommissum omnibus, qui non offenderunt, etiamsi nec promeruerint. Duplex enim fideicommissum supradictis verbis contineri videtur, Alterum quod liberis omnibus relictũ sit, Alterum quod iis solis inter quos mater fideicommissum distribuere voluerit prout quisque de ea meruerit: vtrumque enim fit ex potestate verbi *distribuas* quo testator vsus proponebatur, & cuius ea vis est, vt dandi necessitatem præsupponat, solum verò distribuendi liberum arbitrium heredi relinquat, *leg. vtrum* 7. §. 1. *D. de rebus dubiis.* Prius fideicommissum eo demùm casu locum habet, quo nulla per filiam facta sit electio & distributio, Posterius autem in contrarium euentum secutæ distributionis: Itaque mirum non est plures ad fideicommissum admitti vno casu quàm

Digitized by Google

quàm alio, cùm pro casuum diuersitate aliud atque aliud sit fideicommissum licèt eadem sint bona quæ vtroque fideicommisso continentur, eadémque persona quæ fideicommissum debet. At illud magis mirum est, Eos qui non offenderunt eligi non posse, qui tamen cessante matris electione simul admitterentur cum iis qui soli promeruissent. Ita enim fit vt minùs iuris habeant qui pro se habent etiam matris voluntatem, quàm si non haberent: Nempe quia cùm habent etiam matris voluntatem illi qui nec offenderunt, nec promeruerunt, hoc ipso desinunt habere voluntatem testatoris, quæ illa fuit vt non aliter posset mater eligere quàm prout de ea quisque meruisset, restricto posterioribus verbis eligendi arbitrio, quod prioribus liberum dari videbatur. Certum porrò est potiorem esse, imò solam spectandam testatoris voluntatem, nec inspiciendum quid heres velit, nisi quatenus voluntas eius cum testatoris voluntate consentiat. In alio autem casu quo cessat electio admittuntur omnes qui non offenderunt etiamsi nec promeruerint, quia pro se habent voluntatem testatoris: Ni obstante clausula illa restrictiua *prout quisque de te meruerit*, quæ scilicet non omnimodo fideicommissum adficit, sed ex ea tantùm posteriore parte, quæ dabat filiæ electionem, nec tam dationem ipsam fideicommissi quàm distributionem eius solam restringit. Ea namque & potissima significatio est verbi *distribuas* licèt dandi quoque, vt diximus, implicitam habeat significationem, in necessarium antecedens. Ex quo euidenter apparet, quàm verum sit quod superiore Decade aduersus pragmaticorum & interpretũ nostrorũ opiniones disputauimus, nõ esse propositionẽ illam generaliter & indistinctè admittendam, quam nostri pro verissima passim vtuntur, vt cessante electione fideicommissum petere possint ij omnes qui eligi ab herede potuissent. Nam sicuti quandoque latiùs patet ius electionis, vt possit heres etiam aliquem ex remotioribus eligere, qui tamen si nulla electio facta esset, nec præferri proximioribus posset, nec cum iis concurrere, *l. heredes mei 57. §. vltim. D. ad SC. Trebellianum* iunct. *l. omnia 32. aliàs l. cùm ita §. in fideicommisso de legatis 2.* Ita euenit aliquando vt strictior sit potestas eligendi: Nimirum quoties ita sunt concepta verba fideicommissi, vt dubitari non possit quin testator voluerit esse illam strictiorem. Sed & diuersitatis huius ratio proficisci etiam potest ex diuersa condicione fideicommissorum. Fideicommissum enim quod ex ipsis testamenti verbis inducitur, tam latè patet quàm patent verba ipsa quibus relictum est, nec vnquam restringitur, nisi quatenus verborum propria significatio aut iusta interpretatio suadere videatur. At fideicommissum quod interdũ sola legis potestate inducitur, quale illud est quod ex alienationis extra familiam prohibitione in casum contrauentionis, aut ex iussu dandi cui ex familia heres voluerit, si nulla electio secuta sit, prudentes nostri induxerunt, facilius recipit restrictionẽ ex eiusdem legis interpretatione, vt nõ omnes qui verborum generalitate æquè comprehendi possent simul admittantur, sed secundum eum ordinem quem lex præscribit, de cuius interpretatione frustra & immeritò conquerantur illi qui sine beneficio legis non admitterentur, & quibus lex dat fideicommissum, quod testator ipse non dedit licèt non alia de causa det quàm vt conseruet atque adiuuet voluntatem.

ERROR SECVNDVS.

Quid interſit an electio data ſit his verbis, Quibus voles, an illis, His quos dignos putaueris.

ILLA etiam & quidem obſeruatione digna differẽtia eſſe creditur inter has fideicommiſſorum formulas *quibus voles*, & *his quos dignos putaueris*, aut quod hac parte idem eſt *his qui te promeruerint*, quòd prior formula omnes admittit ad petitionem fideicommiſſi ſtatim atque mora in eligendo per heredem facta eſt quaſi iam præſenti die dato fideicommiſſo, vt diſertè ſcriptum eſt *in dicta lege cùm quidam*. Ex qua lege interpretes noſtri omnes ita ſentiunt. Poſterior verò clauſula dat arbitrium ei qui rogatus eſt, quo tempore fideicommiſſum præſtare velit, etiamſi de fideicommiſſaria libertate agatur (quod fideicommiſſi genus omnium fauorabiliſſimum eſt) ita vt ſi viuus non præſtiterit fideicommiſſum eius heres ſtatim id præſtare compellatur *dicta lege ſeruos* 20. *De manumiſſ. teſtament.* Cuius diuerſitatis ſi vera ſit, illa fortaſſe ratio eſt, quòd heres ſtatim velle poteſt, & decernere cui potiùs offerat: quos verò dignos putet, non tam facilè, nec tam citò poteſt conſtituere, cùm fieri poſſit, fiátque quotidie, vt qui heri dignus erat, aut ſaltem non indignus, hodie faciat aliquid propter quod videri debeat indignus. Itaque videtur hæc clauſula fauere hẽredis maximè reſpicere, nõ tãtũ vt habeat diſtribuendi arbitriũ, & præferendi quem volet (idẽ nãq; obtinet cùm teſtator ſcripſit *quibus voles*) ſed etiã vt quandiu heres viuit, ij omnes, qui ad fideicommiſſum inuitati ſunt, in officio retineantur, ne indignos ſe prębeant, quod non aliter aut meliùs fieri poteſt, quàm ſi perpetuum heredi, quandiu viuit, obſequium præſtẽt, niſi heres malit fideicõmiſſum repræſentare vt maiore beneficio ad præſtandum officium prouocentur: in quo tamen illud mirum videri poteſt, quòd ratio hæc diuerſitatis ſupponit verbum *voles* non habere tractum temporis, & tamen habet vt conſtat *ex l. 1. §. ſi quis adita l. filij* 6. §. 1. *D. ad SC. Tertyll.* vbi dicitur hoc verbum extenſiuum eſſe, & cùm verba extenſiua ſunt poſſe admitti pœnitentiam, & mutationem voluntatis, quia ſcilicet futurum tempus reſpiciunt, non præteritum, aut præſens, niſi fortè quis reſpondeat ſubtiliter, meo iudicio magis quàm verè, vt in ſequẽtibus dicemus, multũm intereſſe an tale verbum prolatum ſit à lege, an ab homine condicionis adſcribendæ gratia: quaſi priore caſu facilè poſſit eã recipere interpretationẽ quam lex vult, & quam propria dictionis ſignificatio requirit. Poſteriore verò non item quia condicionum verba ex ſolius teſtatoris voluntate in vltimis voluntatibus ſunt interpretanda *l. in condicionibus* 19. *D. de condic. & demonſtr.* Teſtator autem cùm ita ſcribit *quibus voles* ea proculdubio mente eſt, vt contentus ſit prima voluntate, quia ſtatim atque ſemel heres voluit, verum eſt eum voluiſſe. Nec quod poſtea nolit, facere poteſt vt non ſemper verum ſit eum ſemel voluiſſe, atque ita condicionem impletam fuiſſe, quæ porrò vbi ſemel extitit, deficere poſtea nunquam poteſt, ſicut nec illa vnquam exiſtere quæ ſemel defecit. Tantóque magis hæc obtinent, quod non ita relictum fideicommiſſum fuiſſe ponimus *ſi voles*, nec enim ſic relictum valeret vtpote quod eſſet collatum in meram heredis voluntatem quod fieri nequit *l. Senatus* 43. *§. penult. de legat.*

1. nec

Digitized by Google

1. Nec rursum ita *cùm volueris*, quæ verba constat habere tractum temporis quandiu viuat is à quo fideicommissum relictum fuit, ac proinde facere condicionem, tanquam dato fideicommissō in diem incertum mortis heredis, qui dies incertus pro condicione habetur *l. dies incertus* 75. *de condic. & demonstr. l. fideicommissa* 11. *§. hoc autem legatum de leg.* 3. sed in hunc modum *quibus voles*, & quidem post datum purè libertis omnibus fideicommissum per illa verba *Rogo restituas libertis meis*, quæ clausula præcedēs facit, vt illa sub sequens *quibus voles* non adeò condicionale fideicommissum reddat, atque si scriptum esset *cui ex libertis meis dare voles*, sed hactenus duntaxat ne quisquam ex libertis possit se fideicommissarium dicere ante declaratam ab here de voluntatem, aut moram in ea declaranda contractam: cùm tamen superiore proximo casu, id est cùm ita scriptū fuit *cui ex libertis meis voles*, maneat condicionale fideicommissum in id vsque tempus, quo electio aliqua secuta sit, etiamsi mora in eligendo per longum tempus contracta proponatur. Est enim huiusmodi fideicommissum ab initio condicionale, ita vt nulla ex parte verborum possit videri purum, nec proinde quicquam est, ex quo suam intentionem cōfirmare possint fideicommissarij ante factā electionem, quia quandiu electio facta non est tandiu verum est nec extitisse condicionem fideicommissi quæ potest adhuc deficere, nemine in posterum electo, nec defecisse, quę nimirū potest adhuc existere si modò heres grauatus, aliquem velit eligere in diē vsque mortis. *l. vnū ex familia* 67. *in prin. & §. 1. & §. rogo de leg.* 2. Denique etsi verum est iam inde ab initio alicui ex libertis relictum esse fideicommissum, tamen quis ille sit nescitur, Aut vt meliùs dicam, Sat scitur neminē esse cui relictum sit adeò vt non tātùm probatio hoc casu deficiat vt *in l. duo sunt Titij* 30. *D. de testa.* sed etiā ius, quia nullū ius cōpetere potest ex fideicōmisso condicionali, siue expressa condicio sit siue tacita, quousque cōdicio extiterit *l. is cui* 42. *D. de oblig. & action. l. 1. De cond. & demon.* In summa fideicommissum ita relictum, *Rogo restituas libertis meis quibus voles*, non tā condicione quàm mora suspenditur, quia etiamsi voluntatē suam heres non declaret, atque ita fit & maneat inutilis adiectio illa *quibus voles* superfunt tamē priora illa verba *Rogo restituas liberis meis* quæ quoniā dispositiua sunt, & bonum per se sensum habent, & fideicommisso cōueniunt, vtique fideicōmissum continent, & quidē purū, ex quo proinde nihil absurdi est nasci petitionem fideicommissi statim atque mora in declaranda voluntate contracta est. At quod ita relinquitur, *cui ex libertis meis voles* adeò implicitam habet tacitam electionis faciendę condicionem, vt ea sublata nihil supersit quod per se possit constituere aliquod fideicōmissum, multò minùs quod purum. Quātū verò intersit an cōdicione, an mora fideicōmissum suspendatur cōstat satis ex *l. heres meus* 79. *in princ. l. quibus diebus* 40. *§. quidam Titio De condic. & demon. l. ex his verbis* 5. *C. quand. dies legat. vel fideic. ced.* & aliis quàmplurimis locis. Proinde fideicōmissum omnimodo condicionale esse hoc casu necesse est, quippe quod si condicionale nō esset, nullū esset. Nec pugnat quod scriptū videtur *in d. l. vtrum* 7. *§. 1. De reb. dub.* distribuendi quidē liberum arbitriū in hac specie heredi concessum esse, sed dandi necessitatē præcedere. Illo namque loco relictum erat fideicommissum vni ex coheredibus cui grauatus heres vellet, ac proinde quāuis nulla electio sequeretur, non eo minùs tamē verū erat datū fuisse fideicōmissū purè si nō omnib. coheredib. saltē vni ex eis. Quod nō ita esset si testator simpliciter scripsisset *cui ex coheredibus voles*. Quāuisillo etiā

casu verum sit nemine electo posse omnes fideicommissum petere *d.l. vnum 67. §. rogo de leg. 2.* non tanquam omnibus datum sub ea condicione contraria quæ nullibi expressa inuenitur, si nemo eligeretur, sed quia licèt vni tantummodò datum sit, & quidem non purè sed sub condicione in casum electionis, non debuit tamen esse in heredis potestate vt neminem eligendo liberaret se ab onere fideicommissi: quod vtique euenire necesse esset nisi per iustam legis interpretationē ea fideicommissi præstandi ratio induceretur: idémque euenit, cùm testator vni expressim fideicommissum dedit cū illa adiectione *cui voles*. Etsi enim hic casus in eo differt à superiore quod vni ex coheredibus dandi necessitas ab ipso testatore proficiscitur non à lege, perinde tamen incerta est persona eius cui testator fideicōmissum dedit acsi simpliciter scriptum esset *cui ex coheredibus voles* nulla electione secuta, cùm quis vnus ille sit, penitus ignoretur, Nec eo minùs futurum sit vt fideicommissum omnino intercidat, nisi per legis potestatem voluntas testatoris adiuuetur, obligato heredis herede vt ob nullam electionem factā præstet omnibus fideicōmissum quod nō nisi vni fuerat datum. Vtroque igitur casu si nulla electio facta sit, dandi necessitas incumbit, sed vno casu iniuncta per testatorem dandi omnimodo & purè, quamuis non prorsus statim, vni, per legem verò dandi omnibus si nesciatur quis vnus ille sit, ne alioqui quod datum est vni præstetur nulli: Alio autem casu iniuncta æquè per testatorem dandi vni quidem sed non omnimodò, nec purè, at sub illa condicione si is eligetur: Per legem verò dandi omnibus si nemo eligatur. Priore casu necessitas dandi à testatore iniuncta præcedit arbitrium distribuendi, quod idem testator concessit. Posteriore verò necessitas quæ est dandi à testatore iniuncta non præcedit sed concomitatur distribuendi arbitriū: Necessitas verò illa, quæ per legem inducitur præstandi omnibus quod vni soli datum fuit, vtroque casu sequitur arbitrium distribuendi, nullo præcedit, cùm non aliam causam habeat quàm quod electio nulla facta sit per eū, qui eligere & potuit, & debuit. Atque ita in toto hoc tractatu diligenter attendendum est an de ea dandi necessitate agamus quæ iniuncta sit per testatorem, an de ea quæ iniungitur per legem. De priore loquitur Caius *in d. l. 7. §. 1. de reb. dub.* & Vlp. *in d.l. cùm quidam.* De posteriore verò Papinianus *in d.l. vnum ex familia 67. §. rogo eod. tit. De legat. 2.*

ERROR TERTIVS.

De insciti a Triboniani in d.l. cùm quidam & de Marcelli sententia ibidem relata.

REdeo iam ad *d.l. cùm quidam*, in qua quod ex eodem Marcello subiicit Vlpia. *in vers. idem ait*, Si heres rogatus restituere liberis quibus volet neminem eligat, omnes ad fideicommissum admitti, facilem habet ex superioribus rationem. Quid enim mirum est peti ab omnibus fideicommissum, quod omnibus datum fuit? Nec enim verba illa *quibus voles* quæ à testatore adiecta ponimus, facere possunt vt fideicommissum intercidat, quasi defecta condicione sub qua relictum videbatur, cùm electio nulla facta est: Siquidem sublatis verbis illis fideicommissum remanet purum, & consequenter tantò citiùs præstan-

Digitized by Google

præstandum, quasi quod ab initio non tam condicione aliqua quàm mora declarandæ per heredem voluntatis suspensum fuerit, nunc verò ne mora quidem suspendatur postquàm heres ipse in declaranda sua voluntate moram contraxit. Sed illud magis mirum est quod Vlp. ait *videri quasi iam præsenti die datum, cùm sic relinquatur, Quibus voles nec vlli offerat.* Sensus enim est vt eiusdem legis sequentia explicant, quæ hanc Marcelli sententiam interpretantur, Cùm fideicommissum ita relinquitur, *Rogo restituas libertis meis quibus voles* si non offerat heres cui dare velit, adeóque si non statim offerat, id est sine aliquo interuallo, statim competere omnibus petitionem, id est etiam viuo herede, qui in mora est offerendi: Mihi verò videtur hoc durius, & improbabilius, quàm vt possim credere sic Marcellum sensisse, Tantum abest vt credam esse id ex iuris ratione: Primùm quia non ita Marcellus scripserat si eius sententiã bene retulit Vlpianus, *si neminem statim eligat, omnes ad petitionem fideicommissi admitti*, sed simpliciter & indefinitè hoc modo *si neminẽ eligat.* Sensit igitur potiùs non aliter posse omnes ad fideicommissi petitionem admitti quàm si neminem heres quandoque elegerit, hoc est si nemo vnquam ab herede electus sit, vt intelligamus quandiu heres potest eligere, fideicommissum à nemine peti posse, non magis quàm in specie illa de qua respondit Papinianus *in l. vnum ex familia* 67. *§. rogo eod. de leg. 2.* Etsi nãque in illa Papiniani specie hoc amplius est quòd fideicõmissum ab herede relictum fuerat, non nisi cùm moreretur præstandũ, ne dubitari posset quin esset relictum in diẽ incertum mortis heredis, nec proinde priùs debitum, cùm possent antea fideicommissarii omnes mori *l. vxorem* 41. *§. Seium maritum de leg. 3. l. Statius Florus* 48. *§. Cornelio Felici D. de inr. fisc.* Effectu tamen ipso nihil apud me interest, an libertis suis restituere cùm morietur rogatus quis sit, an cùm voluerit, nec rursus an *cùm voluerit*, an verò *cùm voles* aut *cui volet.* Nam omnes hæ tres clausulę sunt extensiuæ & habent tractum temporis in futurum, vt superiore capite scripsimus ex *l. fideicommissa* 11. *§. hoc autem legatum de legat. 3. l. 1. §. si quis adita l. filij* 6. *§. 1. D. ad SC. Tertyll.* Vt scilicet heres etiamsi semel voluerit, & aliquem elegerit, adhuc tamen quandiu viuit mutare voluntatem possit, & perinde iterum eligere aliũ acsi cùm moreretur eligere iussus esset *d. l. vnum ex familia in princip.* Hoc est enim quod Vlp. scribit *in d. §. hoc autem*, huiusmodi legatum *cùm volueris* tractum habere quandiu viuat is à quo fideicommissum relictum est, vt constat ex coniunctione *d. §. cum §. præced.* Nec quod nos eum casum tractamus in quo scriptum erat *quibus voles*, diuersitatẽ iuris potest inducere, cùm hoc verbum *voles* magis habeat tractum temporis quàm verbum *volueris* vt apparet ex *l. si quis stipulatus sit* 112. *De verb. oblig.* vbi Pomponius scribit, multum referre an stipulationis verba ita concepta sint *quem voluero*, an ita *quem volam.* Nam si talis fermo fuerit, *Quem voluero*, stipulatorem postquàm semel elegerit, mutare voluntatem non posse, quasi non habeant verba illa tractum temporis, Si verò tractum habeat fermo & sit talis, *quem volam*, potestatem habere mutandi donec iudicium dicter. Qui locus ne pugnet cum *d. §. hoc autem*, necessariò fatendum est differre hac parte vt in aliis plerisque legatum à stipulatione. In legato verbum *cùm volueris* perinde habere tractum temporis atque verbum *voles*: In stipulatione non item, ideò fortasse quòd in legatis fiat latior interpretatio, præsertim fauore heredis cui nihil potest imputari, At non in stipulatione cùm possit imputari stipulatori cur aliter & me-

Digitized by Google

liùs legem non dixerit *l. quicquid 99. eod.* iunct. *l. veteribus 39. D. de pact.* Vt ut sit, negari non potest quin verbum *voles* habeat tractum temporis, Nec minùs si ab homine proferatur ad condicionem adscribendam, quàm si à lege. Illa enim distinctio quam proximo capite ex aliorum magis quàm ex nostra opinione retulimus, quasi aliter explicanda sint verba cùm ab homine quàm cùm à lege proferuntur, mihi probabilis fieri nulla ratione potest, qui video etiam in testamentis perpetuum esse vt non aliter à propria verborum significatione recedi oporteat, quàm si manifestum sit aliud sensisse testatorem *l. non aliter 69. De legat. 3.* Itémque vt eas controuersias quæ ex ipso testamento oriuntur necesse sit secundum scripti iuris rationem expediri *l. in his 16. D. de condicion. & demonstrationib.* Sed etsi verum esset, quod nos semper negabimus, verbum *voles* tractum temporis non habere vt permittat mutationem voluntatis: illud tamen semper faciet, vt non prius possit quisquam id fideicommissum petere quàm heres suam declarauerit voluntatem. Nam si ea verba *nisi heres noluerit* quæ post primam voluntatem non relinquunt heredi arbitrium dicendi se nolle aut noluisse, ipsius tamen expressam voluntatem exigunt, vt scriptum est in *d. l. fideicommissa §. sic fideicommissum.* quanto magis expressa erit necessaria voluntas heredis à quo fideicommissum relictum fuit *cùm volet*, aut *cui voleti*? Quod si quis admittat, statim consequens fiet vt non ob id solùm possit ad fideicommissi præstationem vrgeri, quòd non continuò suam voluntatem declarauerit, cùm etiamsi nondum velit, quandoque tamen possit velle, cui scilicet testator ad eam voluntatem declarandam nullum tempus certum præscripsit. Quàm verò absurdius & iniquius illud erit si Marcellũ sic interpretemur, vt hic heres cuius voluntatem testator exegit & cui liberum eligendi arbitrium dedit, non solùm statim velle cogendus sit, ne statim ab omnibus conueniatur, sed etiam fideicommissum ei quem eligat offerre. Longè siquidem plus est non petenti offerre adeóque ei qui petere non possit, quàm petenti soluere: Neque verò vspiam proditum est cogi heredem offerre legatum legatario, aut fideicommissum fideicommissario, ne tum quidem cùm legatum aut fideicommissum purum est, iisque verbis relictum quæ voluntatem heredis nullomodo exigant: Sufficit enim vt petenti legatario vel fideicommissario non deneget solutionem, quia & interdum fieri potest ne legatum, aut fideicommissum petere velit is cui relictum fuit: nisi cùm legatum est minori *l. ex Titia Scto octuagesima septima §. vsuras de legatis 2. lege cùm quidam decima septima §. si pupillo Digest. de vsur. lege in minorum 3. Cod. in quibus causis non est necessarium in integrum restitui.* Et tamen sic Vlpianus loquitur *in dicta lege cùm quidam*, quasi Marcellus senserit obligatum esse hoc casu heredem vt offerat fideicommissum statim alicui ex libertis, aut vt se ab omnibus conueniri patiatur. Quod si ita est, durior erit condicio heredis qui iussus est fundum restituere libertis quibus volet, quàm si fundum purè ac simpliciter restituere iussus esset. Nam & cùm heres damnatus est vni ex libertis decem dare, nec constituit apud se cui dare velit, non ad aliud tenetur heres quàm vt eadem decem libertis omnibus præstet, nimirum petentibus, quomodo ex eodem Marcello scriptum

Digitized by Google

ptum eſt *in lege ſi quis Titiò decimaſeptima §. 1. de legat. 2.* At vt hæc decem aut alicui ex libertis aut omnibus offerre debeat nullo loco proditum eſt, Multúmque refert an dicamus debere heredem apud ſe conſtituere cui dare velit, vt ſcriptum eſt *in d. §. 1.* an verò debere ipſum offerre, quomodo loquitur Vlp. *in d. l. cùm quidam.* Sed & me illud maximè mouet, quod video Vlpianum ex Marcello duas ſpecies tractare. Priorem de fideicommiſſo ſic relicto, *Rogo reſtituas libertis meis quibus voles:* Poſteriorem verò de fideicommiſſo per hanc formulam cõcepto, *Rogo reſtituas libertis meis his quos dignos putaueris.* Et poſtquàm dixit in quo huiuſmodi formulæ diſcrepent quãtùm ad condicionem eligendorum, Vt nimirum prior formula patiatur etiam indignum præferri, Poſterior verò ſolos illos qui non offenderunt: Subiungit Vlpianus, ex eodem Marcello verſiculum illum, de cuius interpretatione nunc agimus, *Idem ait, ſi neminem elegit, omnes ad petitionem fideicommiſſi admitti,* Nempe ſiue priorem, ſiue poſteriorem fideicommiſſi formulam à teſtatore vſurpatam proponas. Cur enim ad priorem ſolam velit quis hunc verſiculum referre, ac non potiùs ad vtramque? Aut ſi alterutra eligenda eſt quidni potius poſterior quæ præceſſit immediatè? Tritum enim eſt ſequentem clauſulam referri debere ad proximiora non ad remotiora. Atqui cùm ita fideicommiſſum datum eſt *Rogo reſtituas libertis meis quos dignos putaueris*, certum eſt, Arbitrium eius eſſe qui rogatus ſit quo tempore fideicommiſſum præſtare velit, ita vt ſi viuus non præſtiterit hæres ipſius ſtatim præſtare cogatur *l. ſeruos legauit 20. D. de manumiſſ. teſtament.* vbi Africanus hoc ipſum ſcribit de fideicommiſſo libertatis quod omnium fauorabiliſſimum eſt. Nec enim facilè patitur ciuilis legiſlator moram aliquam fraudémve fieri libertati *l. cùm verò 26. §. ſubuentum & legibus ſequentibus* iunct. *l. generaliter 24. §. ſi quis ſeruo de fideic. libert. l. mulier 22. §. non eſt dubitatum D. ad SC. Trebell.* Non ergo verũ eſſe poteſt quod Marcellũ voluiſſe Vlpianus vult, vt heres ipſe qui fideicommiſſo grauatus eſt ſi non ſtatim fideicommiſſum offerat alicui ex eis quos eligere potuit, idipſum omnibus ſtatim præſtare teneatur, Idque præſentiens ſiue Tribonianus, ſiue interpres potiùs quidam ille fuit, poſt illa verba *cùm ſic relinquitur*, adiecit *quibus voles*, ne alioqui Marcellus aut Vlpianus cum Africano hac in re pugnare videretur, cùm tamen apertiſſimum ſit vtriuſque formulæ ſpeciem, vt iam diximus, ab Vlpiano & Marcello tractatam fuiſſe, nam & verba illa *quibus voles* lineis intercluſa ſunt vt ſolent eſſe quæ ſunt ſuſpecta. At omnium intolerabiliſſimum illud eſt, quod Vlpianus poſteaquàm Marcelli ſententiam ſic interpretatus eſt, quaſi ſenſerit heredem hunc de quo agimus, ſtatim eligere aliquem ex libertis, eíque offerre fideicommiſſum debere, ſubinde *ſtatim* illud ſic interpretatur *ſine aliquo ſcilicet interuallo.* Quis enim prudentum ſic vnquam interpretatus eſt? Imò clamant omnes, Quoties in iure noſtro ita conſtitutum vel receptum eſt vt aliquid ſtatim fieri ſit neceſſe, ſic accipi id oportere vt laxamentum & temperamentum aliquod adhibeatur quod illi ἐν παλάτῃ dicunt, id eſt, cum aliquo ſpatio temporis nec minimo, nec maximo, & quod magis intellectu percipi, quàm elocutione exprimi poſſit, vt in *lege prima §. item ſi legatum D. ad legem Falcidiam, lege continuus 137. §. cùm ita, De verborum obligationibus, lege promiſſor vigeſimaprima §. primo Digeſt. de conſtitut. pecun. lege quod dici-*

mus 105. *D. de solut. l. quo enim* 12. *§. Iulianus D. rat. rem hab.* Neque verò Vlpianus ipse hoc negare potest in specie *d. l. cùm quidã*, in cuius postremis verbis ita scribit, *Nisi fortè antequàm iustum tẽpus præterat: quo potuit eligere cui potius offerat, cæteri dec. sserint.* Itaque secum pugnat, qui cùm priùs dixisset non solùm offerendũ esse statim, sed sub.ecta etiã illa interpretatione *sine aliquo scilicet interuallo* quę dictio *scilicet* pręcisè restrictiua est vt nostri post Bart. tractant ad *l. omnia* 32. *alias l. cùm ita §. in fideicommisso de leg.* 2. subinde tamen fatetur iustum tempus intercedere oportere, quod præterierit, & intra quod potuerit heres eligere vt omnes liberti ad petitionem fideicommissi, quasi contracta mora per heredem admittantur. Nec quod Accursius vt hanc repugnantiam effugiat, interpretatur verba illa *sine aliquo scilicet interuallo* de eo interuallo quod sit magnum, id est iusto maius, non de eo quod sit iustum, facere potest, vt non semper verũ sit malè locutũ Vlpianũ & contrà quàm soleat ipse loqui, cùm quod dixerat *statim* offerri debere sic interpretatus est *sine aliquo scilicet interuallo.* Aliquod enim interuallũ qui dicit in huiusmodi tractatu, is nõ de magno, sed modico potiùs iustóque interuallo sẽtire intelligitur, tãtũ abest vt de eo sẽtire possit quod sit maius iusto. Sed & me illud malè habet, quod in eadẽ sub Vlpiani nomine scriptum video, Heredẽ qui in mora fuerit eligendi lege posse tamen moram purgare & adhuc eligere, quandiu fideicommissum nemo petit ex iis qui eligi potuerint. Id enim est quod scribitur in versic. *vtique si vno petente iam eligere non potest cui det.* Prius ergo est vt aliquis ex libertis fideicommissum petat, quàm vt heres qui non statim elegit, eligere prohibeatur. Atqui non aliter potest quisquam ex libertis fideicommissum petere, quàm si vel electus ipse sit, & quidem incommutabiliter, vel certum sit heredem neque elegisse, neque eligere amplius posse: Sic enim accipio, quod Marcellus dixerat *si heres neminem eligat omnes ad fideicommissi petitionem admitti.* quia perpetuò verũ est quod Papin. noster scribit *in d. l. vnũ ex familia* 67. *§. rogo eod. tit.* non posse quemquã petere quandiu prefetri alius potest. Si igitur fiet vt circuitum inducamus, & perplexitatem à qua euoluere nos non possimus, exẽplo illius de qua *in l. qui quadringenta* 88. *D. ad leg. falc. & in l. si Titius* 15. *D. de condic. instit.* Nam si dicamus libertos omnes post moram ab herede in eligendo contractam posse fideicommissum petere, consequens statim fiet vt ab eo tempore non sit permittendum heredi vt eligat: Non ob id solùm ne cæterorum quibus iam par & æquale ius quæsitum est condicionem deteriorem faciat, sed etiam quia prius est vt nõ possit eligere, quàm vt ob non factam electionem, possint liberti fideicommissum ab eo petere. Rursum si dicamus posse illum eligere etiam post moram quoadusque aliquis fideicommissum petat: Nemo igitur interim fideicommissum petere poterit: Atque ita eueniet vt post moram heredis vtraque propositio vera futura sit, libertos & habere ius petendi fideicommissi, & non habere, Heredem verò & eligere adhuc posse & non posse, quod quàm absurdum sit, nemo non videt. Cùm itaque iuris ratio faciat, vt neque ad fideicommissi petitionem aliter admittantur liberti, quàm si heres neminem ex eis elegerit, nec eligere amplius vnquam possit, Neque prohibendus sit heres eligere, adeóque quod magis est postquàm elegerit mutare voluntatem quandiu viuit cùm data ei electio est per verba illa tractum temporis habentia *quibus voles* aut *quos dignos putaueris*, concludamus in vtroque casu isto expectandam necessariò mortem heredis vt fideicommissi petitio libertis omnibus possit competere, Ac

re, ac proinde non niſi in heredis herede verum eſſe quod de herede ipſo ait Vlpianus, Conueniri eum ſtatim de fideicommiſſo ab omnibus libertis poſſe, vt ab Africano in ſpecie nõ diſſimili diſertè reſpõſum eſt in *d.l. ſeruos*. Multò magis autem falſum eſſe quod ſub Vlpiani nomine ſcriptum eſt in *d. l. cùm quidam*, videri huiuſmodi fideicommiſſum quaſi iam præſenti die datũ cùm ſic relinquitur *quibus voles* ſi heres nulli offerat. Habet enim reuera fideicommiſſum hoc temporis tractum vt heres quãdocunque & velle poſſit, ideſt eligere, & vbi ſemel voluerit, & elegerit, adhuc voluntatem mutare quandiu viuit.

ERROR QVARTVS.

De emendatione dict. l. cùm quidam.

QVæ cùm ita ſint, cogor dicere, & adſeuerare quod ante me nemo dixit totam legem illam à Triboniano noſtro depravatam fuiſſe ſub Vlpiani nomine ob non bene perceptam Marcelli ſententiam quam ille per merã inſcitiam iuris malè interpretatus longè aliter accepit quàm aut à Marcello expreſſa ſit aut accepta per Scæuolam qui ad Marcellum notas ſcripſit, Tollo primùm verba illa *videri quaſi iam præſenti die datum cùm ſic relinquitur, Quibus voles nec vlli offerat.* Inde namque incipit error & abſurditas, vnde initium ſumit Triboniani interpretatio: hanc porrò non tam Marcelli ſententiam fuiſſe quam alterius ad Marcellum interpretationem coniicio, probóque ex eo quod ſcriptum eſt in *verſic. videtur enim*: Videri Marcellum arbitrari, cùm fideicommiſſum ita vti diximus, relinquitur, niſi offerat heres cui velit, & ſtatim offerat ſine aliquo ſcilicet interuallo ſtatim competere omnibus petitionem. Quid enim erat neceſſe ſic loqui Vlpianum, & quaſi de Marcelli ſenſu ac mente dubitantem, ſi tam apertè Marcellus ſcripſerat, quaſi iam præſenti die datum videri hoc fideicommiſſum? At neque perfecta eſt ſententia, ſi non addas dictionem *enim*, aut quam aliam ſimilem, quæ ſuperiori hãc coniungat, & quam neceſſe eſt à malo interprete aliquo ſubtractam eſſe, cùm exiſtimaret fortaſſe verbum *videri* ad præcedentem ſententiam pertinere, quomodo etiamnum legitur in pleriſque editionibus quæ habent virgulam poſt *videri*. Omnino malè. Grãmatica enim conſtructio requireret, vt ſcriptum eſſet *quaſi iam præſenti die dati* cùm in præcedenti clauſula ſcriptum ſit *fideicommiſſi*, ni clauſula hæc diſtincta eſſet, & ſeparata, ac veluti rationis loco ſubiecta. Prodit verò hæc ratio Tribonianum, cui familiare eſt, prudentum ſententias quantumuis apertiſſimas quaſi obſcuræ ſint, pro arbitrio interpretari, vt inde nouas & quales vult propoſitiones inferat à iuris ratione penitus alienas. Nam in propoſito, quid obſecro dixerat Marcellus, propter quod ſuſpicari quis poſſet in ea fuiſſe illum opinione, vt ſi non ſtatim heres eligeret, ac ſine aliquo ſcilicet interuallo, protinus fideicommiſſum ab eo petere liberti omnes poſſent? Id vnum Marcellus nimirum dixerat, ſi heres neminem eligat, omnes ad fideicommiſſi petitionem admitti. Quid verò illud eſt *ſi neminem eligat*, niſi hoc ipſum quod nos interpretamur, ſi neque velit, neque poſſit amplius eligere. Quandiu enim poteſt eligere, quid obſtare illi debet, non elegiſſe? Illud ergo quærendum & diſcutiendum ſupererat, An eligendi facultas intercideret, ſi

Digitized by Google

non electio ſtatim facta eſſet. De quo tamen non dubitabat quidem Marcellus, quia nec dubitandi cauſa vlla ſubeſſe poterat, cùm iis verbis fideicõmiſſum relictum proponeretur, quæ extenſiua eſſe conſtabat: prodit etiam Tribonianum quod tam ſæpe vtitur verbo *offerendi* pro eo quod voluit dicere *præſtandi & reſtituendi*. In quo ſenſu neque Vlpianus, neque vllus ex veteribus prudentibus oblationis nomen vnquã vſurpauit, at Tribonianus perſæpè, maximè in Nouellis adeò vt *oblationem* paſſim dixerit pro ſolutione & datione. *Nouell. 39. de reſtit. & ea quæ par. vndec. menſ. cap. 1. §. quamobrem.* & *Nouell. 97. de æqual. dot. cap. 6. §. illud quoque.* vnde ſumpta eſt *Auth. quod locum*, quæ hoc etiam verbo in eundem ſenſum vtitur *C. de collat.* Produnt quoque Tribonianum tot interciſæ ſecúmque pugnantes ſententiæ, tanquam dubij hominis & hæſitabundi. Nam cùm priùs dixiſſet videri fideicommiſſum præſenti die datum ſi heres nulli offerat, mox vt ius tam aſperum corrigat, ſubiungit *vtique ſi vno petente iam eligere non poteſt cui det.* Quaſi non poſſit decernere vtrum præcedere debeat, An vt non poſſit heres amplius eligere ad hoc vt petere fideicommiſſum poſſit aliquis ex libertis, An contrà vt poſſit aliquis ex libertis fideicommiſſum petere, antequàm heredi etiam qui moram contraxerit, facultas eligendi omnino aufferatur. Rurſus cùm Marcelli ſententiam ſic interpretatus eſſet, quaſi non dubitaſſet Marcellus quin præſenti die fideicõmiſſum datum eſſet ſi heres moram in eligendo quantulácumque contraheret, mox de hoc ipſo dubitat an Marcellus ita ſenſerit, cùm ſubiungit *videtur enim Marcellus arbitrari, &c.* Præterea poſtquàm Marcelli ſententiam ſic accepit, quaſi ſtatim heres eligere, & electo fideicommiſſum præſtare debeat, ſubinde dubitat quid ſibi velit illud *ſtatim*, mox adhibet preciſam & certam adfirmationem iis verbis *ſine aliquo ſcilicet interuallo*, tum veluti mutata ſententia, & per eam formulam quæ Tribonianо eſt omnium familiariſſima ſubiicit *niſi forte antequàm iuſtum tempus prætereat quo potuit eligere cui potius offerat cæteri deceſſerint.* Ita admittens falſum eſſe quod paulò antè dixerat debere heredem ſtatim eligere ſine aliquo ſcilicet interuallo: niſi quis probabilius putet his poſtremis verbis Marcelli ſententiam notari & corrigi, vt quemadmodum à Scæuola reprehenſus fuit in eo, quod dixerat prædefunctis vno excepto cæteris libertis omnibus ſoli ſuperſtiti fideicommiſſum dandum eſſe, ita reprehendatur ab Vlpiano, aut potiùs à Tribonianо ſub Vlpiani nomine in hoc quod ſenſerat debere ſtatim heredem eligere ac ſine aliquo interuallo, verùm vt iam ſuprà monuimus iniuſta & maleuola iſtæc reprehenſio eſt: quæ fingit ſenſiſſe Marcellum quod neque dixit, neque ſenſit, vt habeat quod poſſit reprehendere, vt proinde cauillationem veriùs quàm reprehenſionem eam dicere debeamus.

ERROR QVINTVS.

De ſententia l. ſi quis Titio 17. §. 1. de legat. 2.

SED quid, rogo, eſſe potuit, quod Tribonianum mouerit, vt tam abſurdam ſibi fingeret ad Marcellum interpretationem? Duo fuerunt, ni fallor, quæ Tribonianum ſatis alioquin falli facilé fefellerunt. Primum illud eſt, quod huius Marcelli ſententiæ qualem eam fuiſſe hoc loco interpretatur, veſtigia quædam vidit in *l. ſi quis Titio 17. §. 1. eod. tit. de legat. 2.* vbi Marcellus ſcribit, ſi heres damnatus

natus sit vni ex libertis dare, & non constituerit cui daret heres ; omnibus eum præstare eadem decem cogendum esse. Non enim animaduertit Tribonianus quantum distet inter speciem illam, & hanc quæ ex eodem Marcello tractatur in *d.l.cùm quidam*: id est quantum intersit, an testator vni ex libertis fideicommissum reliquerit simpliciter, non adiecto eo, *cui volet vt in d. §.1.* an verò libertis omnibus, aut etiam si mauis vni ex plurib. libertis cũ illa adiectione *quibus voles*, aut, *cui vol. s.* Priore siquidem casu fideicommissum purum est, nulla prorsus habens verba extensiua, quæ vel condicionem, vel moram qualemqualem possint fideicommisso inijcere. Proinde nihil est quod impediat quominùs fideicommissum per omnes peti statim possit, nisi quod vni soli relictum fuit non omnibus: Quis autem vnus ille sit, planè nescitur, donec heres constituerit cui dare velit. Sed hæc ratio probat tantùm, esse heredis electionem cui potiùs ex libertis omnibus dare malit, non quidem quantum ad verba, vt in *dict. l. vnum ex familia §. rego*, vbi electionem testator heredi suo dederat verbis illis expressis *cui voles*, sed quantum ad vim & sententiam verborum, quia quod vni personæ incertæ ex pluribus certis relictum est, non aliter sciri potest cui debeatur, quàm si persona illa certa fiat, quæ porrò fieri certa nequit nisi per electionem, & quidem ab herede tanquam debitore faciendam siue fideicommissum relictum sit, siue legatũ per damnationem quod ad fideicommissi naturam propiùs accedit, & de quo agit Marcellus *in d.l. si quis Titio §. 1.* aut per sortem vt *in l. vlt. C. commun. de legat.* Debet igitur esse in potestate & arbitrio heredis cui det, cùm vni ex pluribus dare iussus fuit: licèt nihil testator expressim de electione dixerit, quia satis eligere iussus est qui vni ex pluribus dare iussus & damnatus fuit: & par est hac parte vis taciti & expressi. Sed quia non tam ex verbis quàm ex testatoris voluntate ius hoc eligendi proficiscitur interueniente iusta quoque iuris interpretatione, placet electionem hanc tamdiu durare, quandiu non sit heres in mora eligendi, & ideò si heres non constituerit cui dare velit, interposito nimirum illo temporis spatio, quod neque maximum, neque minimum esse debere diximus, protinus cogendum eum dare omnibus, quod vni fuerat dare iussus, in pœnam scilicet negligentiæ, vt Bartolus noster ad eum locum notat, non aliter quàm si testator ita scripsisset, *Heres meus decem vni ex libertis meis dato si non dederit, omnibus dato.* In qua specie non dubitaretur quin omnibus deberetur legatum aut fideicommissum, quod vni oblatum & præstitum incontinenti non esset, *d.l.1. §. item si legatum D. ad leg. falcid.* Quasi transfuso in omnes legato, quod in vnum duntaxat collatum fuerat, *l. si penum 24. D. quand. dies legat. ced.* Simile aliquatenus sed non omnino est quod ex Paulo scribitur *in l. si Titio 16. de leg. 2.* si Titio aut Seio vtri heres vellet legatum relictum sit, heredem alteri quidem dando ab vtroque liberari : sed si neutri det perinde posse ab vtroque separatim & in solidum conueniri acsi singulis & vnicuique soli legatum foret: simile namque illud in hoc casu est, quod vterque petit legatum alterutri duntaxat datum, idque propter moram in eligendo ab herede contractam : At illud dissimile est, quod eorum quisque petendo legatum, id petit quod sibi relictum est nominatim, nec repelli potest exceptione illa, quasi id petat quod alij, aut quod non sibi soli relictum fuerit. Ponimus enim Titio aut Seio legatum datum esse, hoc tamen addito, *vni heres mallet*, non vt condicionale fieret legatum, sed vt appareret eam testatoris esse voluntatem, non vt inter illos

portiones viriles constituerentur, at potiùs vt fierent duo correi, cùm sicuti per stipulationem, ita per testamentum duos correos constitui nihil prohibeat vt eadem lex ait: itaque poterit quidem vterque petere solidum, adeóque statim, nullo temporis interuallo quantumuis minimo expectato, quia non in pœnam negligentiæ heredis vt in superiore specie, seu ex verbis testamenti ad petitionem legati admittuntur, sed non ideò tamen singuli solidum consequentur, at is demùm qui prior petierit, cùm eius petitione perinde atque acceptilatione tota soluatur obligatio, & heres vni dando ab vtroque liberetur. Nam & in duobus correis idem contingeret *l. 2. l. eandem rem 9. l. ex duobus 16. D. de duob. reis l. si rem 31. §. 1. D. de nouat. l. si per imprudentiam 51. §. vlt. D. de euict.* In illa autem specie quam Marcellus tractat *in d. l. si quis Titio 17. §. 1.* hoc est cùm legatum vni ex libertis simpliciter datum nulla electionis facta mentione omnes petunt, neque singuli possunt petere solidum, neque vni ex eis solidum solui postquam cœperunt cæteri posse petere: sed omnes admittuntur in viriles partes, ita vt verum sit quod lex ait eadem decem omnibus præstari: quia iuris interpretatio quæ sola facit vt quod vni datum est omnibus præstandum sit, multiplicare legatariorum aut fideicommissariorum personas citra heredis iniuriam potest, At multiplicare legata pro numero legatariorum, aut fideicommissariorum non posset, quin multiplici præstatione contra testatoris voluntatem heres grauaretur. Ius autem cùm se interponit vt legatum, aut fideicommissum vni relictum pluribus præstari iubeat, non id agit vt heredem contra vel supra testatoris voluntatẽ oneret, sed hoc tantùm vt heredem non patiatur seipsum eximere ab obligatione præstandi legati, vel fideicommissi per negligentiam suam in eligendo contractam, ne alioqui voluntas testatoris intercidat, quam seruari semper, & vt seruetur adiuuari oportet: cæterùm in ea specie quæ ex eodem Marcello tractatur *in d. l. cùm quidam*, sunt omnia diuersa. Ibi enim proponebatur fideicommissum relictum non vni ex libertis, sed libertis indefinitè, ac proinde omnibus, cùm dici soleat, quod & verissimum est; indefinitam æquipollere vniuersali, *l. si plures 98. de legat. 3.* Relictum, inquam, additis tamen verbis illis, *quibus voles*, quæ cùm habeant tractum temporis, non patiũtur sanè illam interpretationem, vt heres statim velle & eligere cogendus sit, & ni faciat conueniri protinus ab omnibus possit, quasi amisso eligendi beneficio, quod ei saluum ad diem vsque mortis esse testator voluit. *d. l. fideicommissa 11. §. hoc autem legatum de legat. 3. d. l. seruos 20. D. de manum. testam. d. l. si quis stipulatus 112. de verb. oblig. d. l. 1. §. si quis adita l. filij 6. §. 1. D. ad S. C. Tertyll.* sed & illud inter has species dissimile est quod etsi in vtraque admittuntur liberti omnes ad petitionem fideicommissi quod vni tantùm deberi darique potuerat, si heres eligere voluisset, Attamen in specie *d. l si quis Titio 17. §. 1.* admittuntur omnes non tam ex verbis testamenti quàm ex iuris interpretatione ad conseruandam voluntatem nec repugnantibus verbis, ideóque nihil vetat eam fieri à iure interpretationem vt statim constituere apud se heres debeat, cui ex libertis dare velit, alioqui possit statim ab omnibus cõueniri, quia non aliter nec melius conseruari testatoris volũtas potest, quàm si hoc modo puniatur negligentia heredis, qui tardiùs eligere voluit, vt fideicommissum nemini interim præstaret, quod citiùs & statim vni præstari testator iusserat. In specie verò *d. l. cùm quidam*, admittuntur omnes liberti ad petitionem fideicommissi non ex iuris interpretatione sed ex verbis ipsis testamenti,

Digitized by Google

ſtamenti, *rogo reſtituas libertis meis*. Proinde nullus ambigendi locus relinquitur, quin admitti debeant ſecundum formulam verborum. Ergo non ſtatim atque heres negligens fuerit in voluntate ſua declaranda, ſed eo demùm tempore quo non poſſit ille amplius eligere ex teſtatoris ſui voluntate: quod iam dix.mus non priùs contingere quàm deceſſerit, quia quandiu viuit, ſaluum habet, liberúmque etiam poſtquàm elegerit, iterum eligendi arbitrium propter verba illa extenſiua *quibus voles*, aut, *quos dignos putaueris*, ita vt nec poſſit dici negligens quandiu viuit. Is enim tantùm negligens eſt in eligendo qui tardiùs eligit quàm teſtator voluerit, non qui ſpatio temporis ſibi ad eligendum dato vſus eſt, quamuis citiùs eligere potuerit ſi voluiſſet. In quo facere adhuc non poſſum, quin moneam Tribonianì manum & inſcitiam in *d. l. cùm quidam*, aliunde nec obſcurè meo iudicio deprehendi, ex eo nimirũ quod cùm initio legis eam ſpeciem propoſuiſſet, in qua teſtator dixerat, *rogo reſtituas libertis meis, quibus voles*, ſubinde tamen eam variat, cùm *in verſic. Videtur enim*, eam fideicommiſſi formulam quaſi eadem ſit, proponit, *ex libertis cui volueris*, cùm tamen inter has formulas multùm interſit. Hæc enim poſterior non admittit libertos ad petitionem fideicommiſſi ex vi verborum; ſed tantùm per iuris interpretationem, ſiquidem quantum ad verba ipſa heredis electio eſt vt Papin loquitur, in *d. l. vnum ex familia. §. rogo*, id eſt non alius ad fideicommiſſum ea verba inuitatus videtur quàm is quem heres elegerit, & ideò ceſſante electione nemo ex figura verborum ad fideicommiſſum admittendus eſſet, omnes tamen admittuntur ſed per interpretationem iuris, ne alioqui, vt toties diximus, in poteſtate ſit heredis facere neminẽ eligendo, vt fideicommiſſum intercidat, ergo non viuo herede, at poſt ipſius duntaxat mortem, quo demum tempore certum eſſe incipit neminem præferri amplius poſſe, *d. §. rogo*, cuius loci rationem qui petunt ex eo, quod teſtator in fideicommiſſo adiecerat verbum *cùm morieris*, errant meo iudicio, cùm iis quoque verbis omiſſis, poſſet nihilominùs peti ex ſequentibus illis, *cui voles*. Quid enim refert an teſtator fideicommiſſum expreſsim contulerit in tempus mortis, an in eam heredis voluntatem quę declarari adeóque mutari quandocunque poſsit ad extremum vſque vitæ ſpiritum? Quod ſi ita eſt, quis non fateatur longè duriorem & abſurdiorem eſſe interpretationem quam ad Marcellum Tribonianus adhibet, ſi dicamus eam Marcelli ſententiam fuiſſe, vt teſtatore ita ſimpliciter locuto, *ex libertis cui volueris*, admittendi ſint omnes ad fideicommiſsi petitionem ſtatim atque ceſſauit vel tantiſper heres in eligendo? Eſt enim longè difficilius vt per iuris interpretationẽ iis ſuccurratur qui ex verbis non veniunt, quàm iis qui pro ſe habent verba teſtamenti, ne vt noſtrorum brocardico vtar, duo ſingularia circa eandem rem & ſpeciem concurrant, ſi eos qui vocati non ſunt ne quidem ſinguli niſi ſub condicione ſiue expreſſa ſiue tacita *ſi eligerentur*, admittamus & nulla facta electione & ſtatim atque ceſſauit heres in voluntate ſua declaranda, cùm ſatis ſupérque iis eſſe debeat, quod ad fideicommiſſum vni duntaxat relictum eligeretur; aut quod idem eſt, ſi eligeretur, omnes tamen admittũtur etiam citra electionem; quamuis non niſi eo demum tempore quo certum ſit electionem fieri amplius nullam poſſe, id eſt poſt mortem heredis. Fateor tamen effectu ipſo nihil intereſſe hac parte, an teſtator ita ſcripſerit, *rogo reſtituas libertis meis quibus voles*, an ita, *cui ex libertis meis voles*. Vtroque enim caſu ſi electio nulla per heredem facta ſit, admittuntur omnes liberti

ad petitionem fideicommissi, & vtroque casu non nisi post mortem heredis, aliter atque si legatum sit vni ex libertis non addita expressim clausula, quę det electionem, quamuis ea tacitè subintelligatur per legis interpretationē, quæ sicuti nulla requirit verba, sed solam iuris potestatem, ita non potest videri habere verba vila extensiua, quorum potestate fieri debeat vt eligendi facultas in diem vsque mortis heredis durare debeat, vt suprà diximus. Non ergo debuit Tribonianus eam Marcelli sententiam quæ extat *in d. l. si quis Titio* 17. §. 1. aptare & protrahere ad speciem illam quæ ex eodem Marcello proponitur, *in d. l. cùm quidam*, debuerátque obseruare non modò diuersitatem illam formularum, quam hucusque explicauimus, sed etiam quod duo illi loci ex diuersis Marcelli libris sumpti sunt. Vnus enim est ex libr. 10. Digestorum, alius ex decimo quinto vt constat ex inscriptione, *d. l.* 17. *& l. si tamen* 25. quæ sequitur immediatè, *d. l. cùm quidam*, & in qua tamen tractatur eadem ipsa quæstio, de qua *in d. l. cùm quidam*, si quibusdam ex libertis absentibus præsentes fideicommissum petant quasi præsenti die datum, quid faciendum sit. Credibile si quidem est ex eodem libr. 15. sumptam esse Marcelli sententiam quæ ex Vlpiano refertur *in d. l. cùm quidam*, nullo citato libro.

ERROR SEXTVS.

De Scæuolæ ad Marcellum nota in d. l. cùm quidam, 24. De legat. 2.

ALterum quod Tribonianum fefellit meo iudicio illud est, quod Marcellum à Scæuola notari & reprehendi vidit, nec tamen Scæuolæ notam benè percepit, inde namque occasionem sumpsit reprehendendi, magis ac magis Marcelli, etiam in eo in quo non fuerat à Scæuola reprehensus. Scripserat Marcellus, post expositam suam opinionem de libertis omnibus ad fideicommissi petitionem admittendis si nemo electus esset, *planè si cæteri defuncti sunt, superstiti dandum, vel heredi eius, si prius quàm peteret, decesset*, hoc verò est quod Scæuola reprehendit, ratione illa, quod si omnes petere potuerunt; cur non, inquit, qui decesserunt ad heredem transmiserunt? Reprehensio non est mala, si Marcelli mentem bene Scæuola intellexit, illud enim extra dubium est, legati petitionem quæ defuncto competiit transmitti ad heredem, cùm ad causam trãsmissionis sufficiat diem legati cessisse vel fideicommissi viuo legatario aut fideicommissario, quod ipsum nihil aliud est, quàm cœptum fuisse deberi legatum, vel fideicommissum, *l.* 2. 3. 4. *& pass. D. quand. dies leg. ced. l. cedere diem.* 213. *de verb. signific.* Sed vereor ne Marcelli mens longè alia fuerit, quem nemo facilè crediderit ignorasse id quod omnes sciunt: quod enim scripserat, *si cæteri defuncti sunt*, haud dubiè intellexerat de iis qui viuo herede mortui essent, ac proinde priusquàm fideicommissi petitio nata esset, quam suprà ostendimus nasci non potuisse ante mortem heredis propter fideicommissi

missi verba extensiua, quæ saluum eligendi arbitrium in eâ specie dabant heredi quoad viueret, de iis in summa qui defuncti essent non solùm antequàm fideicommissum peterent, sed etiam priùs quàm fideicommissum petere posserit. Et contrà, quod dixerat Marcellus *superstiti dandum*, non de alio poterat accipi, quàm de eo, qui heredi grauato superuixisset, superstitem enim opponebat, non cæteris collibertis prædefunctis, sed heredi, qui cùm eligere viuus debuisset, nulla tamen facta electione decesserat. Eodem planè sensu quo Papinianus scripsit *in l. cùm pater* 77. *§. hereditatem filius eod. de legat.* 2. Cùm quis hereditatem filiis suis vel cui ex his voluerit, restituere rogatus est, condicionem fideicommissi ante mortem filij eiusdémque heredis non existere, ideóque viriles partes inter illos fieri qui eo tempore vixerint quo filius mortuus est, cùm de aliis eligendi facultas, inquit, non fuerit, quæ ratio eadem facit, vt si vnus tantùm superstes fuerit, ei soli dandum sit fideicommissum, non cæteris quia defuncti sunt, nec eorum heredibus, quia non potuerunt fideicommissum condicionale transmittere, ij qui ante condicionis euentum decesserunt: quod tamen transmittit superstes si priusquàm peteret, decesserit, quia petere potuit antè quàm moreretur, cùm superuixerit heredi per cuius mortem extitit condicio fideicommissi vt consequenter dubitari non possit quin dies cesserit eo viuo, vnde apparet euidenter qua ratione motus Marcellus aliud iuris constituerit in herede superstitis quàm in heredibus prædefunctorum. Nempe quia de iis prædefunctis tractabat qui priùs decessissent non solùm quàm fideicommissum peterent, sed etiam quàm petere possent, de eo autem superstite qui decessisset priusquàm peteret, at non priùs quàm petere posset, Scæuola verò vt Marcellum reprehenderet, more illis familiari qui ad alium notas scripserunt, quos nimio reprehendendi desiderio teneri vt plurimùm solere compertum est, sic Marcellum accepit quasi senserit, defunctis vno excepto libertis omnibus post diem fideicommissi cedentem soli superstiti dandum fideicommissum aut eius heredi si priusquàm peteret ille decessit, non etiam heredibus cæterorum, qui etiam cùm viuerent, petere potuissent. Sic enim acceptum fuisse Marcellum à Scæuola constat ex ratione illa reprehensionis, *Si omnes petere potuerunt, cur non qui decesserunt ad heredem transmiserunt?* Et sanè si Marcellus ita sensisset, quomodo eum interpretatus est Tribonianus, vt statim atque heres fideicommisso grauatus moram vel minimam in eligendo contraxisset admittendos esse omnes ad petitionem fideicommissi, vix fieri posset, vt non potuerint prædefuncti colliberti fideicommissum petere ante mortem suam, nisi poneres viuo adhuc testatore aut saltem ante aditam ab herede hereditatem decessisse: quo tamen casu non esset tractandum de transmissione fideicommissi quod in causa caduci vel caducum factum esset. Et tamen negari non potest, quin Marcellus de iis senserit qui decesserint non modò post testatorem verùm etiam post aditam ab herede ipsius hereditatem, sed viuo tamen herede, atque ita ante cedentem ex condicionis euentu diem fideicommissi: neq; vllam reprehensionis occasionē vel malcuolo cuiquā Marcellus reliquisset si ad illa verba, *planè si ceteri defuncti sunt*, adiecisset

viuo herede, quomodo certè intellexit. At quia nō dixit, noluit quisquis Marcellum reprehendit hoc supplere, vt reprehendendi ansam retineret. Sic enim loquor, quia non facilè possum mihi persuadere in mentem Scæuolæ vnquam venire potuisse vt tam libenter nullóque colore tantum Iureconsultum quantus Marcellus fuit, notaret, cuius sententiam iusta interpretatione adiuuare & excusare potiùs debuisset. Vereórque ne sit etiam hæc nota Triboniani, quem video adiecisse de suo verba illa, *cùm nulli offertur*, quæ non potuit addere Scæuola quin eam insertiæ & cauillationis culpam in se coniiceret quam nos Triboniano adscribimus. Nec enim Marcellus scripserat posse omnes fideicommissum petere cùm nulli offertur, ab herede viuo, sed posse omnes fideicommissum petere si heres neminem elegerit, quod perinde erat acsi scripsisset posse omnes fideicommissum petere post mortem heredis, qui scilicet quandiu vixit, eligere potuit, ac proinde quem dici non potest absolutè, neminem elegisse priusquàm decesserit, quamquam autem liceret de Scæuola tam malè suspicari vt Marcellum temerè ac sine causa reprehendere voluisset, quasi Marcellus negasset transmissam esse petitionem fideicommissi ab iis, qui post mortē heredis cessante electione decessissent ante petitum fideicommissum, non ideò tamen fatebor aut Marcellum aut Scæuolam in ea fuisse hæresi vt crederet in proposita specie natam fuisse pro omnibus petitionem fideicommissi iam inde à quo tempore viuus heres moram in eligendo contraxisset, tantum abest vt mihi persuadeam vtrumq; in tam absurda sententia cum Triboniano consensisse, aut Vlpianum eodem sensu siue Marcelli, siue Scæuolæ sententiam accepisse. Neque rursum contextus ille verborum sapit elegantiam Vlpiani, præsertim verò illo in loco, *Cùm igitur omnibus competat, meritò notatus est, &c.* Est enim totum id longè dignius elegantia Triboniani, maximè si iungas cætera quæ nos in præcedentibus obseruauimus.

ERROR SEPTIMVS.

De fideicommisso familiæ relicto ad §. in fideicommisso l. omnia 32. aliàs l. cùm ita de leg. 2.

CVM familiæ relictum est fideicommissum in qua sint plures agnatorum aut etiam liberorum gradus, si quæratur quis ad fideicommissi petitionem admitti debeat, & quo ordine fatentur omnes id seruandum esse quod Modestinus respondit, *in l. omnia 32. aliàs l. cùm ita §. in fideicommisso de legat. 2.* Admitti quidem eos solos qui sunt ex agnatione testatoris, & de nomine ipsius non etiam cognatos qui per fœminam coniuncti sunt, quos constat familiæ appellatione non contineri *l. familiæ. De verb. sign fi.* nisi communis vsus loquendi eo in loco in quo testamentum conditum est, diuersam interpretationem suadeat vt Bart. tractat *ad d. §. in fideicommisso. num. 4.* vbi addit & rectè, nihil ad rem facere quod Iustinianus cognatos agnatis exæquauerit quantum ad causam successionis intestati, *Nouell. 118. de hered. ab intest. venient.* nec enim constitutione illa factum est, fierive potuit, vt cognati facti sint agnati aut contrà, quæ nimis fœda esset verborum rerúmque confusio, vt eiusdem Iustiniani verbis vtar, *in l. vlt. C. de legit. tutel.* Sed inter eos qui sunt ex fa-

Digitized by Google

ex familia quis admitti debeat & quo demũ ordine nõ ita constat. Modestinus sanè primo loco eos vocari ait, qui nominati sunt à testatore, nimirum cuiuscumque gradus sint etiamsi remotioris vt rectè Castrẽsis interpretatur, quod nonnulli cum Accursio sic accipiunt, vt si testator ita scripserit, *Fundum Cornelianum familiæ meæ dari volo scilicet Petro & Ioanni*, Petrus & Ioannes cæteris omnibus qui ex familia sunt præferantur, iis verò deficientibus & extinctis cæteri de familia admittantur. Alij verò, ac multò meliùs cum Bartolo, si testator ita dixerit, *Fundum Cornelianum familiæ meæ dari volo, & Petro, & Ioanni*. Copula enim, *&*, auget non restringit, *l. ea tamen*, 46. *de legat.* 3. cùm è contrario articulus, *scilicet*, restringat, faciátque vt Petrus & Ioannes taxationis potiùs quàm ampliationis gratia nominati videantur, ac proinde vt alij quàm ipsi ad huiusmodi fideicommissum admitti non possint, ne quidem post ipsos, *l. legata sepulchrali. 9. §. 1. D. de supell. legat.* At post eos qui nominati sunt, quamuis placeat Modestino admitti eos debere qui ex nomine defuncti fuerunt eo tempore quo is moriebatur, dubitant tamen nostri an ita id intelligi debeat, vt priores admittantur illi qui sunt ex eodem ordiñe, & gradu nominatorum, an verò illi qui sunt ex alio gradu dummodò proximiore. Nam si sint ex alio gradu remotiore constat inter omnes non posse illos cũ proximioribus concurrere, cùm vt quisque proximior est, ita & prior in dubio ac cæteris paribus ad fideicommissum inuitatus videatur, vt scriptum est *in d. §. in fideicommisso*, & à Papiniano, *in l. peto*, 69. *§. fratre eod. tit.* Frequentior tamen & verior nostrorum sententia est, non tam eum gradum spectandum esse, in quo sunt qui soli nominati proponuntur, quàm eũ qui sit proximior testatori. Nam vt Bartolus benè obseruat, non ita scribit Modestinus, vt dicat post extinctos omnes eos, qui nominati fuerant, admitti eos qui ex eo ordine fuerint, sed qui ex nomine defuncti, & ex his ipsis illos qui primo gradu procreati sunt. Nominatio enim certæ personæ demonstrat dilectam fuisse à testatore personam illam, non gradum in quo est persona. Sunt ergo priore loco admittendi proximiores. Sed hîc rursum hæsitatur, an proximiores intelligi debeant illi qui proximiores sunt testatori, an verò qui heredi. Sic enim Modestinus locutus est, & adeò ambiguè vt quid senserit, nõ facilè sciri possit, *aut post omnes eos extinctos, qui ex nomine defuncti fuerunt eo tempore quo testator moreretur, & qui ex his primo gradu procreati sint*. Nec desunt magni plerique viri qui moti ex illis verbis, *& qui ex his*, pro iis respondeant, qui proximiores sunt heredi. Nam quemadmodum prior pars clausulæ non de aliis loquitur, quàm qui fuerint ex nomine defuncti, tempore mortis inspecto, ita posterior non ad alios pertinere videtur, quàm qui procreati sint ex iis qui ex defuncti nomine fuerunt, ac proinde qui ipsis prioribus fideicommissariis proximiores sunt non qui testatori. Quam sententiam præcipua inter cæteros contentione defendit Bartholom. Socin. *ad l. heredes mei* 57. *§. cùm ita D. ad SC. Trebell. & cons.* 249. 253. *&* 86. *vol. 3. cons. 73. volum.* 4. & alij tam multi post eum, vt quamuis à contraria parte stet Bartolus, Baldus, & frequentior veterum interpretum schola, hodie tamen vix sciri possit, quænam sit magis communis, si autorum qui in vtramque partem adferri solent capita numerentur: quæ numerat exactè Anton. n. Tessaur. *decis. Pedem.* 64. Mihi tamen contraria opinio quæ vt diximus fuit iam olim Bartoli, *ad l. si cognatis num.* 2. *de reb. dub.* & antiquiorum, non solùm probabilior esse semper visa est, sed extra omnem omnino dubitationem, si Modestino credimus, *in*

d. §. in fideicommisso, vbi quod ait, *& qui ex his primo gradu procreati sunt*, non alium sensum habet, quàm si scriptum esset, *& ex his qui ex nomine defuncti fuerunt eo tempore quo moriebatur quos paullò ante dictum est admitti debere ad petitionem fideicommissi post extinctos omnes nominatos, illi præferendi sunt qui primo gradu procreati sunt*, relatione scilicet semper facta ad nomen & familiam testatoris, & ad personam ipsius, non ad personam heredis aut prioris fideicommissarij. Nam cùm scripsisset Modestinus post extinctos omnes nominatos, admitti eos debere qui ex nomine defuncti fuerint cùm is moreretur, & dubitari probabiliter posset, an sic sensisset vt omnes omnino agnati ad testatoris nomen & familiam pertinentes simul admittendi essent, an verò successiuè ita vt alij aliis præferrentur, necesse erat Modestinum ea verba addere, *& qui ex his primo gradu procreati sunt*, vt quiuis intelligerat seruandã esse hoc casu inter vocatos graduum prærogatiuam, & proximiores testatoris remotioribus præferendos. De quo nec quisquam vt opinor dubitaret si paullò clariùs Modestinus scripsisset, *& ex his illos qui primo gradu procreati sunt*. Quid autem interesse potest apud bonos & intelligentes Iureconsultos an ita scriptum sit, *& qui ex his*, an ita potiùs, *& ex his qui*, sic *& in l. Titia Seio* 87. *§. Seia libertis*, ibi, *quive ex his tunc superuinent*. Præsertim cùm & præcedentia verba essent aperta de admittendis iis solis qui de nomine ac familia defuncti fuissent mortis tempore, & ratio iuris esset manifestissima pro iis qui testatori ipsi proximiores essent, non etiam pro iis qui heredi, quandoquidē per fideicommissum non heredi succeditur, sed testatori: *l. coheredi* 41. *§. cùm filiæ de vulg. & pupill. substit. l. sequens quæstio* 68. *de leg.* 2. *l.* 1. 2. *& pass. D. ad SC. Trebell.* Qua de causa non insubtiliter quidam hac in re distinxerunt vulgarem & fideicommissariam substitutionem à pupillari, vt in pupillari spectandum sit quis proximior fuerit non patri qui pro filio testatus proponitur, sed filio qui ipse testator esse intelligitur. Secundum ea quæ scripsimus in Codice Fabriano, *Defin. 6. de verb. signific.* Ac longè melius quàm qui vulgarem & pupillarem à fideicommissaria separarunt, quos refert refellitque Tessaur. *dict. decis.* 64. *num.* 4. Denique vt subtiliter iam olim Raph. Cuman. dicebat dictio, *&*, in supradictis illis Modestini verbis, *& qui ex his*, non ad copulationem addita est, sed ad declarationem præcedentium verborum.

ERROR OCTAVVS.

De nomine familiæ an per se inducat multiplicationem fideicommissorum.

VIDETVR autem hæc interpretum nostrorum dissensio, & eorum error qui pro grauati proximioribus responderunt, ex eo descendisse, quod omnes supponunt & pro vero habent, in specie illa Modestini de fideicommisso familiæ relicto ita ius esse, vt fideicommissum etiam quod prioribus acquisitum sit, transire nihilominùs debeat ad posteriorum graduum agnatos quasi pluribus fideicommissi gradibus constitutis, in casum non modò vulgarem, sed etiam fideicommissi, vt reale sit fideicommissum & perpetuum quandiu aliquis ex familia supererit. Sic enim vulgo nostri *ad d. §. in fideicom-*

Digitized by Google

fideicommisso, sed omnium apertissimè Castrensis, dicens tenendum hoc esse menti, quia verbum familiæ, inquit, hoc importat vt fideicommissum veniat de vno in alium, nec meliore at ne quidem alia ratione vnquam moti sunt qui tam pertinaciter & insulsè pro grauati proximioribus responderunt, quàm quòd posteaquàm bona iam semel acquisita sunt grauato, cùm is qui post grauatum succedit, non nisi mediatè succedat testatori, æquum sit illum qui proximior sit grauato præferri ei qui testatori proximior fuit. Ita enim Alciat. *in l. pronunciatio §. familiæ de verbor. signific.* Atqui hoc falsum est, quod putant, omnes eos qui sunt de familia sic vocari ad fideicommissum familiæ relictum vt bona fideicommisso subiecta possint & debeant de vno ad alium, vt Castrensis loquitur, deuenire. Fateor quidem admitti eos gradatim, vt scriptum est *in l. vlt.* C. *de verb. signific.* id est de gradu in gradum, vt quisque quo prior est in gradu eo prius debeat admitti ad fideicommissum, sed dico ita hoc accipi debere vt fideicommissum omnibus qui ex familia sunt gradatim deferatur in casum vulgarem dũtaxat, id est ita demùm si is qui prior vocatus est, succedere tamen nolit, aut aliqua de causa non possit, non etiam in casum fideicommissi, hoc est ita vt qui ex fideicõmisso iam successit postmodũ ex alio fideicõmisso eadẽ bona sequentis gradus agnato restituere teneatur. Quam in sententiam à nobis iã multos ante annos propositam *libr.* 14. *Coniectur. cap.* 14. mouent me verba ipsa tam Modestini *in d. §. in fideicommisso*, quàm Iustiniani *in d.l. vlt.* Modestinus enim postquàm dixit in fideicommisso quod familiæ relinquitur hos ad petitionem eius admitti posse qui nominati sunt, non subiicit quomodo subiicere debuerat si idem sensisset, quod interpretes, *& post omnes eos extinctos, qui ex nomine defuncti fuerint eo tempore quo testator mereretur*, sed scripsit, *aut post omnes eos extinctos*, per articulum disiunctiuũ, *aut*, cuius proprium est, non solùm vt separet atque ordinem successionis demonstret, impediendo concursum qui alioquin per copulam, *&*, si aliud nihil obstaret induceretur, sed etiam vt vulgarem casum exprimat, acsi pluribus scriptum esset, *aut si qui nominati fuerint succedere nolent aut non poterunt, quia fortè iam sint prædefuncti*, vt *in d.l. Titia Seio* 87. *§. Seia libertis*, in illis verbis, *quive ex his tunc superuinent eod. tit. de legat. 2. l. Lucius* 78. *§.* 1. ibi, *vel si vnus, ei omnem, D. ad S C. Trebell.* Certum enim est in fideicommissis vt & in legatis & in hereditatibus posse vulgarem fieri substitutionem, *l. vlt eod. Scæuola* 76. *d. l. Lucius. §. pater puerum eod. l. vt heredibus* 50. *de legat.* 2. Sensit ergo Modestinus, non quod volunt interpretes ad fideicommissum familiæ relictum posse ordine successiuo admitti omnes qui ex familia sunt in casum fideicommissarium, sed è contrario vocatos quidem omnes, & quidem ordine successiuo, sed ita tamen vt numquam omnes ad fideicommissum admittantur, non solùm simul, at ne quidem ordine successiuo. Si enim vel vnus admissus sit, hoc ipso protinus excludi cæteros, & ita excludi vt in perpetuum remaneant excluſi: qui verus casus est vulgaris substitutionis, quam solemus dicere per additionem hereditatis si de hereditate agatur, vel per acquisitionem legati aut fideicommissi expirare si de legato, aut de fideicommisso tractetur: *vulg. leg. post aditam* 5. *C. de impub. & aliis substit.* Necursum ita loquitur Modestinus, vt dicat priore loco admitti eos qui priore gradu sunt, posteriore verò eos qui sunt remotio-

res,& vlteriores,ſed ſimpliciter admitti eos, qui priore gradu ſunt, niſi ſpecialiter defunctus ad vlteriores voluntatem ſuam extenderit,vt intelligamus vel hos,vel illos tantùm admitti,numquam verò & hos & illos , ſiue ſimul, ſiue diuerſis temporibus. Et verò pone ita ex facto incidiſſe , vt ſpecialiter extenderit defunctus voluntatem ſuam ad vlteriores,vt ſcilicet ij priore gradu admittantur, & ex ea voluntate agnatos vlteriores ſolos totum fideicommiſſum obtinuiſſe,poſtea tandem ſine liberis eos deceſſiſſe, quis credat ita interpretandum eſſe fideicommiſſum,vt poſt extinctos illos remotiores qui iam ſucceſſerint,admittantur iterum ex poſteriore loco proximiores? An nō fuerit perabſurdum remotiores quos teſtator magis dilexerit quàm proximiores , intelligi tamen grauatos fauore proximiorum minùs dilectorum? Hoc verò ſi ita eſt,nónne illud quoque fuerit adhuc abſurdius,vt proximiores qui in dubio priùs inuitati eſſe videntur,tanquam prædilecti, cenſeantur etiam grauati de eodem fideicommiſſo poſt mortem ſuam vlterioribus reddendo? Vnde verò tanta hæc obſecro fideicommiſſorum multiplicatio, cùm duntaxat vnum fideicommiſſum ſit,quod teſtator familiæ ſuæ reliquit, ſdque non niſi verbo vno? Finge teſtatorem qui filio aut fratre herede inſtituto fideicommiſſum familiæ reliquit poſt heredis inſtituti mortem, præſtandum,ea fuiſſe mente vt non niſi vnicum eſſet fideicommiſſum, & ei ſoli præſtandum qui proximior fuiſſet tempore mortis, & capax acquirendi fideicommiſſi tempore condicionis euenientis. An fortè dicemus hunc qui de vno tantùm fideicommiſſo inducendo cogitauerit , multa tamen feciſſe ob hoc ſolum,quòd non Titio,aut Sempronio, ſed toti familiæ fideicommiſſum reliquerit? Atqui in fideicommiſſo familiæ relicto prudentius conſilium teſtantis animaduertitur,qui cùm proſpiceret fieri poſſe,vt alius proximior ſibi eſſet tempore mortis,quàm qui erat tempore teſtamenti, & præterea,vt illi ipſi qui mortis tempore proximiores inuenirentur, viuo tamen herede grauato,& ante condicionis euentum decederent, maluit fideicommiſſum familiæ relinquere,ne tam citò caducum fieret,aut in caduci cauſam deuolueretur, quando eſſet multò difficilius vt poſt grauati mortem nemo ex familia ſupereſſet,quàm vt Titius aut Sempronius aut alius cui nominatim fideicommiſſum datum fuiſſet,mortuus reperiretur. Non ergo ſufficiēs ratio illa eſt ad multiplicanda fideicommiſſa cùm familiæ vnum duntaxat fideicommiſſum relictum fuit,quod familiæ nomine vſus ſit teſtator qui alio vti non potuit æquè tutò , nec æquè commodè ad voluntatis ſuæ ſcopum aſſequendum.

ERROR NONVS.

De fideicommiſſo graduali & reciproco quod ex familiæ nomine interpretes inducunt.

HIT in hoc primùm errauit Caſtrenſis,ac poſt eum cæteri ex quibus paucos reperias, qui fuerint eo ſubtiliores : quod omnes putant familiæ nomen hoc importare vt inter omnes qui ex familia ſunt fideicommiſſum inducatur non modò graduale, ſed etiam reciprocum, nempe vt arbitror quia vident nominis huius ſignificationem habere per ſe tractum aliquem & extenſionem: ſed nō obſer-

obseruant, quod obseruare debuerunt tractum illum non esse temporis, sed graduũ, nec quicquã vetare quominus fideicõmissum plures gradus habeat vocatorum, & tamen conquiescat in primo gradu eorum qui admissi sint, nec exinde ad vlteriores gradus porrigatur. Aliud enim est de vocatione loqui, aliud de admissione: vocari possunt plures gradus aut simul aut successiuè & gradatim prout testator voluerit, sed ita tamen, vt vnus tantùm gradus admissus cæteris omnibus obstet, ne admitti vnquam possint: quo casu plures erunt quos vocatos, at non plures quos admissos possis dicere. Fefellerunt etiam Castrensem verba illa quæ sunt apud Modestinum, *post omnes eos extinctos*, quæ apparet habere tractum temporis, & eam omnino significationem vt alij post alios admittantur. At illud etiam obseruandum fuit quod apertissimum est, non esse verba illa testatoris, sed Iureconsulti, cùm autem dicimus post interpretes verba tractum temporis habentia importare fideicommissum, de iis verbis intelligimus, quæ prolata sint à testatore, aut in testamento scripta. Nec enim solent Iureconsulti fideicommissa inducere quæ testator ipse non induxit: neque rursus de eo disputamus, an fideicommissum aliquod sit, quod familiæ expressim relictum ponimus, sed an plura sint fideicommissa, cùm testator vnum fideicommissum familiæ reliquit. Quid autem prohibet ex verbis testatoris tractum temporis habentibus fideicommissum vnum induci, at non etiam plura? Sed & illud obseruare Castrensis debuerat, ante supradicta verba, *post omnes eos extinctos*, præcedere disiunctiuã illam, *aut*, cuius vim eam esse suprà diximus, vt casum vulgarem non fideicommissarium præ se ferat. Casus enim fideicommissi præsupponit acquisitionem in persona grauati cùm rogari nemo possit de restituendo nisi eo quod ad ipsum peruenerit, capacitatem verò acquisitionis in persona inuitati, vt ita fideicommissum in vtriusque persona locum habeat. Contra verò articulus disiunctiuus positus inter multorum personas ad fideicommissum vocatas non nisi alterutram admittit, quæ admissa statim aliam excludit, & exclusa aliam admittit, quæ natura & condicio est vulgaris substitutionis. Ideò autem coactus fuit Modestinus vti verbis illis tractum temporis habentibus, *post omnes eos extinctos*, non vt istam fideicommissorũ multiplicationem induceret quam interpretes tam facilè inuexerunt, sed quia tractabat de fideicommisso familiæ relicto, quod vix est vt vnquam relinquatur, nisi ea lege vt post grauati mortem præstetur, quia nec alij præstandum iniungitur, quàm qui ipse sit ex familia, adeóque præ omnibus cæteris dilectus, eámque nimirum ob causam prior vocatus. Quis verò putè grauet de restituendis familiæ bonis, eum, quem ipse ex familia elegerit vt prior bona in familia possideret? An non satius & expeditius esset bona illa familiæ directò, siue per heredis institutionem, siue per legatum dare, quàm fideicommissi viam in eam rem eligere? Porrò cùm fideicommissum, quod post mortem præstandum iniungitur, in diem incertum relinquatur, & consequenter sub condicione, quia in testamentis dies incertus pro condicione habetur *vulg. l. dies incertus 75. De condic. & demonstr.* certum est non alios posse ex eiusmodi fideicommisso succedere, quàm qui condicionis euenientis tempore superstites & capaces inueniantur, cùm neque ij qui prædefuncti sunt ad fideicommissum admitti possint, neq; ipsorum successores in quos scilicet fideicõmissum condicionale transmitti nõ potuit *l. is cui 42. D. de obligat. & action. l. Statius Florus 48. §. Cornelio Felici D. de iur. fisc.* Ergo

quia fieri poterat vt fideicommisso relicto familiæ & quibusdam ex familia specialiter nominatis, omnes illi qui nominati essent morerentur ante heredem grauatum de restituenda post mortem suam hereditate, quos tamen si superuixissent voluerat testator præferri cæteris, necesse fuit Modestinum qui nominatos illos priore loco admittendos esse dixerat, subiicere verba illa, *aut post omnes eos extinctos*, vt sciretur quinam possent ex fideicommisso succedere si nominatim vocatos præmortuos esse contigisset. Fuit etiam necesse vti eum verbis habentibus tractum temporis, vt totum illud tempus comprehenderet, quòd à die mortis testatoris in diem vsque mortis grauati interceßisset, ante diem fideicommissi cedentem, non etiam vt sequens tempus includeret quod ex die agniti & acquisiti fideicommissi subsecutum esset. Denique vt dicam apertius, docet Modestinus, quis ad huiusmodi fideicommissum admitti debeat post extinctos omnes qui fuerant nominati: sed non ponit nominatos extinctos fuisse post agnitum iam & acquisitum fideicommissum: imò antequàm potuerit iis acquiri, hoc est ante condicionis euentum, & viuo adhuc herede qui fuerat rogatus. Proinde in casum vulgarem duntaxat, non item in casum fideicommissi.

ERROR DECIMVS.

De sententia l. vlt. C. de verb. signific. & l. peto 69. §. fratre de legat. 2.

NEc alius Iustiniani sensus fuit in *dict. l. vlt. C. de verb. signific.* vbi tractans similiter de fideicommisso familiæ relicto constituit, vt si quis suo elogio fideicommissum familiæ suæ reliquerit, nulla speciali adiectione super quibusdã certis personis facta, non solùm propinqui, sed etiã his deficientibus gener & nurus admittantur. Quid enim aliud sibi volunt verba illa, *his deficientibus*, nisi quod volumus, *si propinqui nulli sint*, eo scilicet tempore quo fideicommissi dies cedit, & fideicommissum deberi incipit. Nam & Papinianus noster in hunc ipsum sensum scripsit, *in d. l. heredes mei 57. §. vlt. Deficiente verò gradu nepotum*, cùm vellet eum casum exprimere, quo nepotes quibus fideicommissum datum erat, & cui ex iis heres mallet, omnes viuo herede grauato, & ante non post agnitum fideicommissum decessissent. Nam & in illius §. specie quæ ad nostram satis accedit, vni cum erat datum fideicommissum, sed pluribus tamen adeóque diuersorum graduum personis, & per verba euidenter vulgarem duntaxat casum demonstrantia vi disiunctionis sæpius repetitæ, cùm testator ita scripsisset, *Restituas filiis meis, vel vni eorum vel nepotibus meis, vel cui volueris, vel cognatis meis.* Quomodo & in alia specie ab eodem Papiniano tractata in *l. cum pater 77. §. penult. de legat. 2.* fideicommissum prædiorum pluribus quidem relictum proponebatur, sed ita tamen vt vnũ duntaxat esset, ad quod plures vocati erant, & ex ordine alij post alios, at non nisi in casum vulgarem. Ita enim testatrix scripserat, *A te peto, marite, si quid liberorum habueris, illis prædia relinquas, vel si non habueris tuis siue meis propinquis aut etiam libertis nostris*: quibus verbis ait Papinianus non electionem datam esse, sed ordinem scripturæ substi-

ſubſtitutioni factum proponi, an vt ſi liberi ex fideicommiſſo ſuccederent idem fideicommiſſum propinquis reddere deberent, ſubinde verò propinqui libertis? Minimè, ſed vt ſi liberi non eſſent, eo tempore quo maritus moreretur, fideicommiſſum præſtaret ille propinquis, ſi nec propinqui eſſent, idipſum præſtaret libertis. Ergo in caſum vulgarem non in caſum fideicommiſſi: nam & ſubſtitutionem ſimpliciter cùm dicunt Iureconſulti vulgarem non fideicommiſſariam intelligunt *l. tutores 39. §. heres D. de admin. tutor. l. Scæuola 76. in fin. d. l. Lucius 78. §. pater puerum D. ad SC. Trebell. l. 1. & paſſ. De vulg. & pupill. ſubſtit.* Quidni ergo pariter dicemus, fideicommiſſum relictum familiæ pluribus quidem non modò perſonis ſed etiam gradibus relictum eſſe gradatim & ex ordine, ſed ita tamen vt non tam fideicommiſſorum pluralitas inducatur, quàm vnius fideicommiſſi plures caſus vulgares, pluréſque conditiones pro perſonarum pluralitate conſtituantur, Nihílque prorſus interſit an teſtator ita ſcripſerit *Bona mea familiæ meæ relinquo*, an ita *Relinquo bona mea liberis meis, aut ſi non erunt, nepotibus meis, aut fratribus meis aut patruelibus, aut genero, aut nurui, aut libertis meis.* Qui enim relinquit familiæ, idem prorſus ſentit quod ſentiret qui poſteriore formula vſus eſſet, niſi quod ſolo familiæ nomine vſurpato, & breuiùs loquitur, & plures nihilominùs perſonas comprehẽdit. Eum verò Papiniani ſenſum eſſe quem dicimus *in d. l. heredes mei §. vlt.* cùm ſcripſit *Deficiente gradu nepotum*, vt perinde ſit acſi ſcripſiſſet *Præmortuis ante grauatum heredem nepotibus* conſtat ſatis ex eo quod præcedit, non rectè mulierem electuram ex cæteris cognatis ſi nepotes ſupereſſent. Opponit enim Papinianus hæc duo *Nepotes ſupereſſe*, & *Deficere gradum nepotum*, vt intelligamus tùm deficere gradum nepotum cùm nulli ſuperſunt nepotes. At quo tempore? Eo nimirum quo tractandum eſt de electione per heredem grauatum facienda. Ergo adhuc viua herede, quæ fideicommiſſo fuerat onerata, & antequàm fideicommiſſum nepotibus acquiſitum eſſe potuiſſet. Et tamen ſubiungit ibidem Papinianus fideicommiſſi gradus in ea ſpecie fuiſſe à teſtatore præſcriptos: id eſt ita relictum fuiſſe hoc fideicommiſſum vt qui ſunt vocati non niſi gradatim, & ex ordine, ac alii poſt alios pro graduum diſtinctione vocati intelligantur. Non ſunt igitur iſta contraria, Vocari plures gradatim ad fideicommiſſum, Nec tamen vocari in caſum fideicommiſſi, ſed in vulgarem ſolum. Atque ita Iuſtinianum quoque ſenſiſſe *in d. l. vlt. C. de verb. ſignific.* præter id quod iam oſtendimus ex illis verbis *his dè ficientibus* manifeſtius etiam fit ex ratione quam ſubiungit cur ad fideicommiſſum quod familiæ relictum eſt, etiam generum & nurum admitti velit. *Eos enim nobis*, inquit, *humanum eſſe videtur ad fideicommiſſum vocari, ita videlicet ſi matrimonium morte filij vel filiæ fuerit diſſolutum: Nullo etenim modo poſſunt gener vel nurus filius viuentibus ad tale fideicommiſſum vocari cùm hi procul dubio eos antecedant.* Nam quid impediret, obſecro, quominùs admitti poſſent gener & nurus, etiam poſteaquàm filius vel filia ſuperſtites admiſſi fuiſſent, ſi per multorum perſonas & manus fideicommiſſum hoc ambulare poſſet? Atqui vult Iuſtinianus iſtos nullomodo admitti poſſe, id eſt nullo caſu, nullóque tempore ſi modò filius aut filia priores admiſſi proponantur, id eſt ne quidem poſt filij vel filiæ mortem: non ergo exiſtimat fideicommiſſum hoc eſſe reciprocum ita vt de vno ad alium debeat peruenire. Idémque videtur mihi poſſe non malè probari ex eo quod ſubiicitur in *dicta l. vltim. poſt hos omnes, etiam libertos venire.* Quis

enim ferat vsque adeò faueri libertis vt etiam liberi ipsi testatoris, & nurus & gener censeantur rogati hereditatem libertis quoque restituere? Tantum enim abest vt in dubio id dicendum sit, vt si quis in libertum donationem bonorum suorum, vel partis bonorum contulerit, reuocetur donatio propter liberos qui postea donatori superuenerunt. Quæ propria species, & specialis sententia est *l. si vnquam* 8. *C. de reuoc. donat.* Adeò verum est non esse quemquam præsumendum nocere liberis suis voluisse, siue per fideicommissum, siue quo alio modo in fauorem libertorum. Quos tamen si cum Iustiniano dicas esse admittendos post liberos in casum, vt ego interpretor, vulgarem, nullam sanè liberis iniuriam feceris, quorum planè nihil interest ad quem bona illa perueniant, in quibus succedere ipsi vel nolunt, vel non possunt. Nec enim vulgaris substitutio est onus, quomodo fideicommissaria, cùm acquisitionem neque impediat neque afficiat, in persona eius cui substitutus vulgaris datur. Sed interpretes omnes videtur magis præcipites egisse responsum illud Papiniani quod extat *in l. peto* 69. *§. fratre de l. gat.* 2. vbi cùm testator proponeretur à fratre herede instituto petiisse ne fundus alienaretur, & vt in familia relinqueretur. Respondet Papinianus, si non paruerit heres voluntati, sed domum alienauerit, vel extero herede instituto decesserit, omnes quidem fideicommissum petere posse qui in familia fuerint, sed si non sint eiusdem gradus, ita rem temperari debere vt proximus quisq; primo loco videatur inuitatus, sic tamen vt non ideò sequentium causa propter superiores in posterum lædi debeat, sed ita proximus quisque admittendus sit, si paratus sit cauere se fundum illum familiæ restituturum. Verùm quid facilius, quàm videre longè diuersam esse illam speciem Papiniani ab ea quam tractamus: nos enim quærimus de fideicommisso simpliciter relicto familiæ, Papinianus verò de illo fideicommisso, quod in familia relinqui testator iusserit, de quo dubitari non potest, quin vt fideicommissa contineat, quot erunt capita gradúsque personarum ex familia, quibus fideicommissum relinqui oportebit. Fideicommissum quod familiæ relinquitur, vnicum est, licèt pluribus aut simul si sint omnes eiusdem gradus, aut ex ordine & gradatim, in casum tamen vulgarem deferri possit. At fideicommissum, siue toti familiæ, siue alicui ex familia sic datum, vt in familia relinquatur, successiuum est & habet tractum temporis, tamdiúque durat, quandiu aliquis de familia & nomine supersit, qui fideicommissum petere possit. Sed & inter has duas tam varias fideicommissorum species media illa est, per quam fideicommissum nec familiæ relinquitur, nec in familia relinqui iubetur, sed bona testatoris extra familiam alienari prohibentur. Quibus verbis effectu quidem ipso videntur iussi omnes quibus testator bona sua reliquit, ea bona in familia relinquere. Sed cum hac tamen differentia, quod nulla hîc sunt verba fideicommissi, quoniam fideicommissum quod illi qui supersunt ex familia petunt in casum contrauentionis, non nisi per interpretationem iuris ex alienationis prohibitione inducitur ad conseruandam defuncti voluntatem, quæ aliàs conseruari non posset: Fideicommissum verò quod sic datum est vt bona in familia relinqui iubeantur, debetur ex verbis non minùs quàm ex voluntate testatoris, & quidem sine vlla condicione, nisi quod debetur in diem incertum mortis heredis grauati, qui dies incertus pro condicione est. Contrà verò, inter fideicommissum quod iubet relinqui bona in familia, & fideicommissum quod ex alienationis prohibitione inducitur,

differentia

differentia hæc eſt quod fideicommiſſum inductum ex prohibitione alienationis ſemper condicionale eſt, & in caſum contrauentionis duntaxat: quod verò in familia reliqui iubet bona teſtatoris, nulla alia condicione ſuſpenditur, quàm quæ ex diei incertitudine tacitè proficiſcitur, vt pluribus a nobis tractatum eſt *l.b.* 14. *Coniect. cap.* 14. vbi oſtendimus quàm diligenter ſint diſtinguendi caſus iſti, & quænam ſit inter eos differentia. Itaque nō eſt quod hîc repetamus. Illud tamen prætermittere non poſſumus ſupradicto Caſtrenſi ēſis errori quem nos refutauimus ſimilem illum eſſe quem idē Caſtrenſis inuexit *in l. Gallus* 29. *§. quidam recitè de liber. & poſthum.* vbi ait, ſi quis filium aut fratrem ſuum ſubſtituerit & liberos eius cenſeri vocatos liberos non ſimul cum patre, ſed ordine ſucceſſiuo: ita tamen vt non tantùm in caſum vulgarem, ſed etiam in caſum fideicommiſſi, Quo nomine vulgo reprehenſus eſt à cæteris, & pleriſque Senatus noſtri conſultis improbatus, vt videre eſt in Codice Fabriano *Defin.* 9. *De fideic.* Cui poſſis etiam addere quod ſcriptum eſt *Defin* 35. *eod. tit.* Non eſſe in dubio credendum teſtatorem voluiſſe fideicommiſſo perpetuo, & in infinitum grauare deſcendentes ab herede, & ſubſtitutionem factam in fauorem familiæ agnationis aut plurium perſonarum ſub nomine collectiuo quale eſt liberorum vindicare ſibi locum in priore gradu qui eo tempore ſuperſit quo condicio exiſtit, nec ad vlteriores gradus porrigi niſi id expreſſim teſtator voluerit. Itaque ſubſtitutis liberis aut propinquioribus expirare ſubſtitutionem, ſimulatque in perſonis priore gradu poſitis locum habuit. Addo, *niſi id expreſſim teſtator voluerit.* Hoc enim eſt quod ex Modeſtino additur *in d. l. omnia* 32. *aliàs l. cùm ita §. in fideicommiſſo de legat.* 2. *niſi ſpecialiter defunctus ad vlteriores voluntatem ſuam extenderit.* Etſi non facilè poſſum mihi temperare, quin ſuſpicer adiectionem illam eſſe Triboniani potiùs quàm Modeſtini. Nam præter id quod familiare eſt Triboniano vt ſpeciales iſtas teſtatorum voluntates excipiat, tùm quoque cùm nulla excipiendi aut ratio aut neceſſitas eſt, vt alibi nō ſemel obſeruauimus, me illud etiam mouet, quod iam antè Modeſtinus dixerat in fideicommiſſo familiæ relicto præferendos illos qui à teſtatore nominati eſſent: quod nos iam ſuprà monuimus ex Paulo Caſtrenſi ſic accipiendum eſſe, etiamſi ſint vlterioris & remotioris gradus, vt nominatio à teſtatore facta quæ adfectionis & dilectionis ſummæ argumentum eſt, aliquid operetur. Atqui non poſſis fingere quo modo teſtator voluntatem ſuam ad vlteriores gradus extendere potuerit, niſi nominando vel perſonas in remotioribus gradibus conſtitutas, vel ſaltem gradus ipſos remotiores. Satis ergo iā expreſsum hoc erat præcedentibus illis verbis, nec niſi inſulsè potuit repeti, multò minùs per formam exceptionis ſubiici ad eam clauſulam quæ ad caſum illum ſolum pertinebat quo teſtator fideicommiſſum ſimpliciter nullo nominato familiæ reliquiſſet. Taceo quod vix alio loco reperias in prudentum reſponſis ſimilem huic locutionem *ad al quos voluntatem ſuam extendere*, pro eo quod ſolent illi dicere *ad fideicommiſſum imitare.* Nec enim illa eſt extenſio voluntatis ſed directio intentionis vt Papinianus loquitur *in l. cùm pater* 77. *§. donationis eod. tit.* Fateor tamen verum eſſe quod Tribonianus docere voluit, vlteriores quoque & remotiores non tantùm concurrere poſſe cum proximioribus, ſed etiam priores admitti ſi ea fuerit teſtatoris voluntas. Idque tam certum erat vt non niſi fruſtra ac propemodum ridiculè potuerit Iureconſultus id monere. Quis enim neſcit in vltimis voluntatibus teſtatoris voluntatem eam eſſe quæ totum facit? *l. ſi mihi*

& tibi 12. in fin. de legat. 1. Itaque vel ex hoc maximè tantò certiùs mouero vt tam inanem, & superuacuam adiectionem Triboniano adscribam.

ANTONII FABRI I. C. SEBVSIANI, SENATORIS SABAVDIENSIS, ET IN GEBENNENSIS DVCATVS AVDITORIO PRAESIDIS,

DE ERRORIBVS PRAGMAT. ET INTERPR. IVRIS.

DECAS LV.

ERROR PRIMVS.

De repræsentationis iure in hereditatibus ab intestato, siue ascendentium siue transuersalium.

IN successione intestati locum esse iuri repræsentationis certum est quoties de ascendentis hereditate agitur inter descendentes, vt puta si quis filio superstite decesserit & nepote ex alio prædefuncto: succedit enim auo nepos cum patruo, eámque portionem auffert quam haberet eius pater si viueret, ita vt si plures nepotes esse contingat, non plus omnes habeant quàm patruus solus, quia nec eorum pater si viueret plus consequeretur, sed etsi non cum patruo succedant, quo casu maximè indigent iure repræsentationis vt quamuis vno gradu remotiores possint tamen cum proximiore concurrere, sed cum patruelibus & consobrinis qui in eodem gradu positi sunt, idem ius & beneficium habent repræsentationis vt non tam ex

tam ex ſuo proprio capite, quàm ex parentum gradu ſuccedant. Vnde fit vt hoc etiam caſu diuidenda ſit ſucceſſio in ſtirpes non in capita, quamuis alioqui nulla ſubſit neceſſitas inducendæ repræſentationis inter eos qui in gradu pari ſunt, vt ſimul ſuccedant. Idque omnium aptiſſimè & apertiſſimè Iuſtinianus noſter expreſſit, *in §. cùm filius Inſt. de hered. quæ ab inteſt. defert.* Quòd ſi non de aſcendentis, ſed de patrui aut alterius tranſuerſalis ſucceſſione legitima tractetur, nemo neſcit diſtinguēdum eſſe ius vetus à nouo. Iure ſiquidem vetere quod totis prudētum noſtrorum temporibus obtinuit, nullum in hoc ſucceſsionis genere fuit ius repræſentationis, ſed vt quiſque proximior erat ita remotioribus præferebatur, *l. 3. §. 1. D. de ſuis & legit.* At Iuſtinianus qui nihil penè intactum reliquit quod non peruerterit aut immutauerit, hoc quoque correxit inducto repræſentationis iure quoties fratris aut ſororis filius cum patruo vel amita, vel auunculo, vel matertera ſuccedit patruo vel amitæ, aut auunculo vel materteræ, ſed ita tamen vt vltra fratrum filios ius hoc non porrigatur, *Nouell. 118. de heredit. quæ ab inteſt. defer.* vnde ſumpta eſt *Auth. poſt fratres C. de legit. hered.* Vnde verò hæc inter aſcendentium, & tranſuerſalium ſucceſsiones differentia orta ſit pauci quærunt, pauciores ſciunt. Puto ego non aliunde illam, quàm ex lege duodecim tabularum deſcendere, quæ longè aliter de ſuis heredibus locuta eſt, aliter de agnatis. Nam de ſuis heredibus nihil aliud dixit, niſi quod ita demum hereditatem agnato proximo detulit, ſi ſuus heres nullus eſſet. Agnato autem non alij, quàm qui delatæ hereditatis tempore proximus inueniatur: qua dictione excludit apertè ius repræſentationis, cuius ſcilicet poteſtate fit vt etiam remotior cum proximiore ſuccedat. Neque enim fratris filius in eodem agnationis gradu eſſe poteſt quo frater, nec proinde ſi legem duodecim tabularum inſpicias cum fratre concurrere. At nepos ſuperſtes ex filio prædefuncto æquè ſuus eſt, atque eſſet pater ſi viueret, cùm perinde ſit in aui ſui paterni poteſtate, primúmque in cauſa ſucceſsionis locum obtineat, ex quo vno ius & nomen ſui heredis æſtimatur, *l. ſcripto 7. D. vnd. liber. l. ſi quis filio 6. de iniuſt. rupt. l. ſi filius familias. 33. D. de teſtam. milit.* Nec quod alius etiam ſit ſuus heres qui vno gradu proximior eſſe videatur, ad rem facit: Non enim ſicut agnatus, ita ſuus quiſquam eſſe poteſt, niſi qui teneat primum gradum & tam ſuus eſt nepos ex filio prædefuncto quàm ſuperſtes ipſe filius, vnde factum eſt vt non dixerit lex 12. tab. *ſi ſuus heres proximus non erit*, quomodo adiecit, *agnatus proximus familiam habeto*, ſed ſimpliciter *ſi ſuus heres non erit.* Quòd ſi quis pergat quærere cur in ſuis heredibus filius ſubintret locum patris potiùs quàm in agnatis, præſertim cùm dici ſoleat neque in ſuis, neque in agnatis ſucceſſionem eſſe, *leg. 1. §. ſciendum D. de ſuis & legitim. §. placebat Inſt. de legit. agnat. ſucceſſ.* Reſpondebo fieri hoc ex vi & poteſtate ſuitatis quæ patris adhuc viui bona quodammodo addicit filio, *leg. in ſuis 11. de liber. & poſt. leg. 1. §. largius D. de ſucceſs. edict.* atque ita facit vt ante patrem decedens filius ſuperſtite nepote, tranſmittat in nepotem ius ſuum quaſi iam ſibi quæſitum, quippe qui etiamſi ſuperſtes patri fuiſſet, nihil tamen niſi liberiorem rerum ſuarum adminiſtrationem præterea ſibi acquirere potuiſſet. Sed & cùm ſuitas, vt loquuntur, non minùs ſit fauorabilis patri cuius intereſt habere ſuũ heredem, quàm filio, non eſt patri

aufferenda per mortem filij, quandiu alia persona supereſt, in qua continuari possit, supereſt autem cùm ex filio præmortuo supereſt nepos neptisve. Idipsum verò non aliter, quàm si nepos subintret in locum & gradum patris sui vt possit primum, & proximum gradum tenere sine quo non esset suus. Indéque nimirum fit vt nepos ex filia quæ futura erat sua heres patri non succedat in locum matris suæ prædefunctæ licèt eodem sanguinis gradu contingat defunctum auum, quo contingeret si ex filio præmortuo nepos esset, scilicet quia non potest hic nepos fieri suus heres auo materno, cùm non aui materni, sed patris sui familiam sequatur, cui & suus heres est, *l. pen. D. de liber. agnoſc.* Non enim idem duobus suus heres esse potest, vt nec heres simpliciter *doct. l. si filiusfamilias* 33. *de teſtam. milit. l. quod contra* 141. *§. vni duo de regul. iur.* Nec magis in matrum quàm in parentum maternorum hereditatibus obtinuit vt filius succederet in locum patris, quia neque fœminæ habent suos heredes, *l. 4. §. ad teſtamenta D. de bonor. poſſ. contr. tabul.* neque sui heredes esse qui per fœminas coniunguntur, vt neque agnati sunt, sed tantùm cognati quos lex 12. tabul. penitus ignorabat, *l. 1. D. vnd. cognat.* Ob eámque causam fuerunt necessariæ constitutiones Imperatorum, de quibus Iustinian. *in §. ſed cùm de S C. Orphit.* quibus inductum est vt ad similitudinẽ filiorum filiarúmque nepotes & neptes ad auæ successionem vocarentur. Itémque aliæ quas idem Iustinianus refert *in §. item vetuſtas* 15. *Inſt. de hered. quæ ab inteſt. defer.* per quas factum fuit vt nepotes ex filia, & pronepotes ex nepte possent succedere auo, vel proauo materno. Post quas constitutiones cœperunt quidem nepotes & pronepotes succedere qui antea iure legitimo non vocabantur, sed tantùm ex prætoris edicto tanquam cognati, at non iure repræsentationis, quomodo nepotes ex filio aut pronepotes ex auo præmortuo, sed ex propria persona tanquam vocati ex constitutionibus.

ERROR SECVNDVS.

De differentia paterni aui & materni cùm de repræsentatione agitur ad §. cùm filius Inſt. de hered. quæ ab inteſt. defer. & ad l. 3. C. vnd. legit.

TOVE ita esse apparet euidentiùs etiam ex eo quod Iustinianus fatetur *in fin. dict. Tit. de hered. quæ ab inteſt. defer.* inductum à se primùm fuisse, vt quemadmodum inter filios & nepotes ex filio antiquitas statuerat non in capita sed in stirpes diuidi hereditatem, similiter distributio hereditatis fiat inter filios & nepotes ex filia vel inter omnes nepotes & neptes, & inter pronepotes & proneptes, & inter alias deinceps personas, vt vtraq; progenies matris vel patris auiæ, vel aui portionẽ sine vlla diminutione consequatur, vt si fortè vnus vel duo ex vna parte, ex altera tres aut quatuor extent, vnus aut duo dimidiam, alij tres aut quatuor alteram dimidiam hereditatis habeant. Hæc enim Iustiniani verba sunt supradicto loco, ex quibus constat manifestissimè non nisi in aui & proaui paterni successione olim obtinuisse vt inter descendentes fieret diuisio hereditatis in stirpes, & consequenter non inter alios fuisse locum repræsentationi quæ sola diuisionem in stirpes inducit, ob ídque de auo tantùm paterno loquitur Iustin. *in d. §. cùm filius*, vt intelligamus cùm de aui

Digitized by Google

de aui materni ſucceſsione agitur alio iure cenſeri nepotes, & ſuccedere illos ex proprio capite non iure repræſentationis,& idcirco non in ſtirpes,ſed in capita quod Imperatores dicunt, *pro virili portione in l. 3. C. vnd. legit.* vbi quod additur, *etiam iure honorario* includit quidem ius ciuile quatenus ei ſolet opponi honorarium,at non ius illud ciuile vetus quod ſit ex lege 12.tab.ſed nouum ex ſupra relatis poſteriorum Imperatorum conſtitutionib. inductũ, & à Iuſtiniano tandem ſic immutatum vt hodie nulla ſit differentia ſiue de paterni , ſiue de materni aui ſucceſsione agatur , quemadmodum circa ius tranſmiſsionis iam anteà Theodoſius conſtituerat vt aſcendentium omniũ hereditates in quoſcumque deſcendentes tranſmitterentur,*in l. vnic. C. de his qui ant. aper. tabul.* ſed omni caſu,& inter quoſcumque nepotes & pronepotes hereditas in ſtirpes non in capita diuidatur, *d §. vlt. & Nouell. 118. de hered. ab inteſt. venient. cap. 1.* qua conſtitutione Iuſtinianus omnes ſuitatis & emancipationis,itémque agnationis & cognationis differentias ſuſtulit , quantum ad cauſam ſucceſsionis , ſolam intuitus rationem naturalem quæ ſanguinis iure aſcendentium omnium hereditates deſcendentibus omnibus pariter defert, ſicut & omnes pariter nepotes & pronepotes appellantur , quæ fuit iam olim ratio priorum Imperatorum in vetere iure corrigendo,vt idem Iuſtin. refert,*in d. §. item veteſtas.* Itaque verum hodie eſt dicere , deſcendentes omnes ſuccedere aſcendentibus omnibus iure repræſentationis,&, quod neceſſariò conſequens eſt in ſtirpes non in capita: atque ita abrogatam eſſe *d. l. 3. C. vnde legit.* quod non ſatis benè à noſtris obſeruatum videtur , qui eius legis ſententiam ſic interpretantur quaſi conſentiat cum nouo Iuſtiniani iure, *in d. Nouell. 118.* Itémq; cũ eo, quod ſcriptum eſt *in l. inter 11. C. famil. ercis.* inter filios & filias bona inteſtatorum parentũ p o virilibus portionibus æquo iure diuidi oportere. Aliud enim longè eſt de filiis,& filiabus tractare, aliud verò de nepotibus, ſi quidem in filiis & filiabus quoties plures ſimul ſuccedunt, non alia inter eos diuiſio hereditatis fieri poteſt quàm in viriles portiones , nempe quia cùm ſint omnes in primo gradu ſuccedunt ſemper ex propria perſona, numquam verò iure repræſentationis , quod gradum pluralitatem & diuerſitatem neceſſariò præſupponit , at inter nepotes poteſt facilè incidere dubitatio, an in capita ſuccedere debeant, an in ſtirpes, ſiue cum patruo concurrant aut cũ auunculo, vel cum amita, aut matertera , ſiue etiam inter ſe ſolos , nimirum quia & de illo dubitari poteſt, an cùm ſuccedunt videantur ſuccedere ex proprio capite, an iure repræſentationis. In quo varium, vt dixi ius fuit , nam cùm olim ex quo tempore facti erant capaces ſuccedendi auo materno tam ex conſtitutionibus Imperatorum quàm ex edicto prætoris ſuccederent iure proprio, & in viriles: hodie contrà ex Iuſtiniani conſtitutionibus ſuccedunt ſemper iure repræſentationis & conſequenter in ſtirpes , numquam in capita , quia nec vnquam ſuccedunt proprio iure. Quare non ſicut abrogatam eſſe dicimus *eam legem 3. Cod. vnd. legit.* quæ de nepotibus loquitur , ita poſſit quis dicere , abrogatum eſſe *d. l. inter* , quæ ad filios & filias tantùm , non etiam ad nepotes pertinet. Atque hæc quidem de aſcendentium legitima ſucceſsione dixiſſe ſufficiat. In tranſuerſalium, & vt loquuntur, collateralium ſucceſsionibus minorem res exigit tractationem. Nam ſicuti certiſsimum eſt tale fuiſſe ius vetus quod à temporibus legis duodecim tabularum ad tempora vſque conſtitutionis Iuſtiniani *in d. Nouell. 118.* obtinuit , vt ius repræſentationis lo-

cum in hoc successionum genere nunquam haberet *d. l. 2. §. hæc hereditas D. de suis & legit. l. 3. C. de legit. hered.* Ità dubitari non potest quin post nouellam Iustiniani constitutionem ius repræsentationis inductum sit quoties de patrui hereditate inter fratris prædefuncti filium & patruum superstitem contenditur, ita tamen vt vltra fratrum filios numquam porrigatur. Solus ille casus dubitabilis est, si fratrum filii soli succedant patruo, nec cum alio vllo patruo superstite concurrant. Sunt enim quàm plures qui hac parte ius vetus putent manere incorrectum, & fratrum filios succedere in capita debere non in stirpes tanquam proprio non repræsentationis iure succedentes. Quæ frequentior pragmaticorum nostrorum & recentiorum interpretum sententia est, à nobis tamen satis supérque confutata in ea forensi disceptatione quam multos ante annos edidimus post tractatum nostrum De nummariis solutionibus, vt specimen esset disputationum forensium, quas tùm meditabamur, & prosecuti haud dubiè fuissemus, nisi mutato in melius proposito nouum Chiliadis huius instituendæ consilium suscepissemus.

ERROR TERTIVS.

De repræsentationis iure in fideicommissis. Ad l. heredes mei 57. §. cùm ita D. ad SC. Trel. & ad l. cùm pater 77. §. hereditatem filius de legat. 2.

HÆc verò cùm ita se habeant, quod ad causam legitimarum successionum pertinet, quærendum nobis superest cum interpretibus nostris, Quid ergo si non de aliqua hereditate legitima quæ ab intestato delata sit agatur, sed de iure succedendi ex fideicommisso quod aut in testamento relictum sit, aut in qua alia specie vltimæ voluntatis? An similiter dicendum erit ius repræsentationis locum habere: Præsertim verò si ponas agi de bonis quæ fuerint alicuius ex ascendentibus aut etiam patrui? Sic putant plerique ex pragmaticis nostris, sed ex imperitioribus, Moti ex eo quod solent iuris interpretes docere ad *l. vlt. C. de verb. signific. & ad l. omnia 32. aliàs l. cùm ita §. in fideicommisso de legat. 2.* credendum esse in dubio testatorem velle se conformare, vt loquuntur, cum iure communi quod & Bart. tradit *ad l. heredes mei 57. §. cùm ita num. 4. D. ad SC. Trebell.* Ex eò namque inferunt pragmatici, Quibus ergo casibus repræsentationis ius haberet locum ab intestato, iisdem quoque admittendum esse vt locum habeat in fideicommissis, non etiam alio vllo. Proinde siue de alicuius ex ascendentibus, siue de patrui hereditate inter fratrum filios cum patruo diuidenda ex causa fideicommissi certetur, habendam esse rationem repræsentationis, & inducendam diuisionem in stirpes non in capita, quoniam & ab intestato idem obseruaretur. Quod si ita est, consequens fiet vt si pater hereditatem suam restitui iusserit filiis suis, & vnus ante diem fideicommissi cedentem superstitibus liberis & fratre decesserit, debeatur nepotibus iure repræsentationis fideicommissum quod ipsi filio si viueret deberetur. Atqui hoc falsum est, quia nemo vnquam ad fideicommissum

admitti

admitti poteſt niſi ad quod ipſe ſit vocatus : Nemo autem dixerit vocato filio nepotes quoque vocatos videri cùm aliter filij, aliter nepotes appellentur *l. quid ſi nepotes 6. D. de teſtam. tutel.* Alioqui ſi quis cum teſtatoris filio ſuperſtite nepotes ex alio filio prædefuncto ad fideicommiſſum admitteret, inducenda eſſet diuiſio in ſtirpes quæ ab inteſtato locum haberet. Hoc verò quàm falſum ſit apparet potiſſimùm ex duobus reſponſis Papiniani, quorum alterum eſt *in dicta lege heredes mei §. cùm ita.* vbi ſic locuto teſtatore *fidei filiorum meorum committo vt ſi quis eorum prior ſine liberis diem ſuum obierit, partem ſuam ſuperſtiti fratri reſtituat : quòd ſi vterque ſine liberis diem ſuum obierit, omnem hereditatem ad neptem meam Claudiam peruenire volo*, & defuncto altero ſuperſtite filio, nouiſſimo autem ſine liberis, cùm quæreretur, an fideicommiſſum deberetur non liberis filij prædefuncti iiſdémque nepotibus teſtatoris, de quibus nec dubitatur, quin ijs non deberetur, ſed nepti quæ poſtremo loco fuerat per fideicommiſſum ſubſtituta ſub ea conditione, ſi vterque filiorum ſine liberis decederet, admittit Papinianus ſolam neptem ad portionem integram nouiſſimi ſine liberis defuncti, quaſi ſola ea vocata, non etiam nepotibus ex filio prædefuncto, quamuis nepotes ex filiis prædilectos fuiſſe conſtaret non ex eo ſolùm quòd ſuſcepti eſſent ex prædilectis & heredibus inſtitutis, ſed ex illo etiam quòd in vtriuſque fideicommiſſi conditione poſiti fuiſſent, ad excludendam neptem ſi non vterque filiorum ſine liberis moreretur : nec eſt quod quis pro pragmaticis noſtris reſpondeat id fieri, quia teſtator fratri fideicommiſſum reliquerat non ſimpliciter, ſed cum adiectione illa *ſuperſtiti* cuius dictionis ea vis eſt ſecundum interpretes noſtros vt omne ius repræſentationis excludat. Eſſet enim bona reſponſio ſi obiectio fieret ex eo quod ibidem Papinianus ait, ceſſare primam ſubſtitutionem. At cùm fiat ex eo quod Papinianus admittit neptem ſolam ex fideicommiſſo ad partem integram nouiſſimi defuncti, & quidem ob rationem illam, quòd in fideicommiſſis voluntatem magis quàm verba teſtatoris ſpectari oporteat, non poteſt negari quin Papinianus ſenſerit, nullum in huiuſmodi fideicommiſſo locum eſſe repræſentationi, nec magis ex voluntate teſtatoris, quàm ex verbis teſtamenti, licèt ageretur de hereditate aui quæ ab inteſtato diuidenda fuiſſet æquis portionibus inter nepotem & neptem ſuperſtites ſi ſucceſſio inteſtati habere locum potuiſſet. Alterum eiuſdem Papiniani reſponſum æquè perelegans eſt *in lege cùm pater 77. §. hereditatem filius de legat. 2.* in cuius ſpecie filius à patre inſtitutus proponebatur ab eodem rogatus filiis ſuis cùm moreretur, vel cui ex his vellet, hereditatem reſtituere, & ait Papinianus condicionem fideicommiſſi ante filij mortem non exiſtere, viriles autem inter eos fieri qui eo tempore vixerint, cùm de aliis, inquit, eligendi poteſtas non fuerit. Finge itaque vnum ex filiis qui tempore teſtamenti mortiſque teſtatoris ſupererant, poſtmodùm deceſſiſſe viuo adhuc eo qui fuerat rogatus, & ſuperſtitibus pluribus liberis, itémque fratre vno ſuperſtite, qui omnes ſuperuixerint grauato, tandem priùs quàm eligeret defuncto. Si admittimus ius repræſentationis in perſonis nepotum, vtique dicendum erit inuitatos eos ad fideicommiſſum, & quidem in ſtirpes non in capita, vt eam portionem conſequantur,

quam pater eorum si viueret consequeretur. Atqui Papiniano placet eos, qui ad huiusmodi fideicommissum admittuntur non nisi in viriles partes vocari. Non ergo putat nepotes admitti posse iure repræsentationis. At ne quidem ex proprio capite cùm nullomodo fuerint vocati, sed tantùm filij heredis grauati, quo filiorum nomine in testamentis non continentur nepotes, nec etiam in fauorabilibus *d. l. quid si nepotes.* Plus ait Papinianus filium eumdémque heredem grauatum cui pater eligendi facultatem dederat, vt cui ex filiis suis vellet hereditatem restitueret, non ex alijs posse eligere, quàm ex ijs quos ipse moriens superstites relinqueret, non ergo ex prædefunctis quemquam, neque ex ipsorum prædefunctorum liberis, tametsi facultas eligendi latiùs alioqui pateat, quàm ius succedendi ex fideicommisso citra electionem, vt ex eo apparet, quod illo etiam casu quo electione cessante proximiores præferrentur, potest tamen is qui electionem habet, aliquem ex remotioribus eligere vt in præcedentib. ostendimus *ex l. vnum ex familia 67. §. 1. de legat. 2. l. heredes mei 57. §. vlt. D. ad SC. Trebell.* Castr. *ad d. l. omnia 32 aliàs l. cùm ita §. in fideicommisso de legat. 2.* Igitur si nepos ex filio prædefuncto non potest habere ius repræsentationis ne quidem iuncto beneficio electionis, quanto minùs habebit, si fauor electionis non concurrat? Nullóne igitur casu in fideicommissis locus erit repræsentationi? Ego verò contendo, ne quidem huic quæstioni locum esse posse nisi is qui repræsentationis iure vult admitti, ostendat se de numero esse vocatorum, ita vt de solo gradu sit disputandum. Semper enim prius est, vt qui fideicommissum petit doceat se vocatum, quàm quæri possit in quo gradu sit vocatus. Denique hoc volo dicere, neminem posse ex solo iure repræsentationis fideicommissarium fieri, sed si sit ex numero fideicõmissariorum, posse locum fieri quæstioni, an cum cæteris fideicommissarijs, aut ante cæteros possit admitti. Quod & ante nos benè obseruauit Socin. sen. *cons. 14. in fin. vol. 3.* relatus, probatúsque ab illustriss. D. Francisco Mantica *lib. 8. De coniect. vlt. vol. tit. 9.* Nec rursus cùm is, qui repræsentationis iure nititur ad fideicommissum inuitatus est, semper fieri potest locus quæstioni, siquidem is qui ipse vocatus est non solet indigere iure repræsentationis vt ad fideicommissum veniat, ad quod ex propria persona admitti potest. Et sanè ita esse fatendum est, quoties sic vocatus fuit, vt sit etiam nominatus. Nominatio enim facit vt non inspiciendum sit in quo gradu proximitatis positus sit fideicommissarius, sed quo gradu & loco nominatus, *d. §. in fideicommisso l. cùm pater 77. § penult. de legat. 2. d. l. heredes mei 57. §. vlt. ad SC. Trebell.* Sed si vocatus sit sub nomine collectiuo apto comprehendere pluralitatem non modò personarum, sed etiam graduum: tum verò demum quæstio institui potest, de iure repræsentationis quia cum negari non possit, quin is qui fideicommissum petit, ex numero sit vocatorum, sola superest illa dubitatio in quo gradu vocatio esse videatur: scilicet cùm graduum distinctio & obseruatio necessaria est, vt qui priore gradu sunt, priore quoque loco vocati intelligantur. Facit enim repræsentatio vt qui reuera in remotiore gradu constitutus est, priorem tamen occupare fingatur, atque ita vt admitti possit tãquam proximior, qui alioquin si non nisi ex propria veniret persona, in totum excluderetur. Talia porrò nomina collectiua sunt quàm plura sed præcipua ista *Suorum, Liberorum, Descendentium, Familiæ, Agnatorum & Cognatorum.* Quisquis enim *suos* dicit aut *liberos*, aut *descendentes*, aut *familiam*, aut *agnatos*, aut *cognatos* plures exprimit non modo personas, vt ille qui *filios* diceret, sed gradus per

dus personarum quia plures pluriúmque graduum personæ sunt quæ singulis nominibus istis generalibus continentur, *d. §. in fideicommisso l. pronunciatio 195. §. familiæ l. liberorum 220. de verb. significat. d. l. heredes §. vlt. ad Trebell.* Itaque finge testatorem, qui filium heredem instituerit, eum rogasse, vt hereditatem liberis suis aut descendentibus, aut familiæ, aut agnatis, aut cognatis testatoris restitueret, huic verò heredi morienti superstites esse liberos, aut agnatos, aut cognatos diuersorum graduum ex quibus aliquis vno gradu remotior velit concurrere cum proximiore per ius repræsentationis: Quæstio erit, an sit audiendus, videamus.

ERROR QVARTVS.

De repræsentatione in fideicommisso relicto pluribus sub nomine collectiuo.

MIHI sanè placebat aliquando ea distinctio quam suprà dixi ab interpretibus nostris magis communiter probatam esse, vtrum in eo fideicommisso agatur quod relictum sit ab ascendente aliquo non heredis sed testatoris (iam enim ostendimus in præcedentibus spectandam esse proximitatem testatoris non heredis, quia per fideicommissum succeditur testatori non heredi) aut etiam à patruo vel ab auunculo, aut ab amita vel à matertera: An verò ab alio trãsuersali remotiore, vt priore casu locus sit repræsentationi, posteriore non item: quoniam scilicet ab intestato quoque eadem distinctio locum haberet, vt voluntatem testatoris in dubio secundum ius commune interpretemur, quemadmodum & ius ipsum commune non alia meliore ratione nititur, quàm verisimili voluntate patrisfamilias, qui cùm testamentum facere posset maluit mori intestatus. Ac quamquam non desunt multi qui contrà putent generaliter & indistinctè, numquam fratris filium in fideicommissis succedere iure repræsentationis, Baldum secuti, qui sententiæ istius autor primus & præcipuus fuit ad *d. §. in fideicommisso*, Ratio tamen qua mouentur, quod in fideicommissis inspicitur adfectio testatoris, non vt in successionibus ab intestato, dispositio iuris, non alio casu videtur mihi vrgere, quàm quo testator fideicommissum certæ personæ, aut certo gradui nominatim reliquerit, puta si reliquerit fratri. Tunc enim admitto præsumi maiorem adfectionem erga fratrem, quàm erga filium fratris, nec posse vllo casu fratris filium dici fratrem. Sed cùm testator fideicommissum reliquit agnatis, quo nomine constat perinde fratris filium atque fratrem ipsum contineri, tentari potest non maiorem videri eum habuisse adfectionem erga fratrem quàm erga filium fratris, cùm credendus sit voluisse potiùs, vt eo ordine agnati ex fideicommisso succederent, quo possent succedere ex lege & ab intestato, cùm eos vocauerit sub nomine legitimo, & agnatorum, perinde atque lex ipsos vocat. Et quamuis ordo charitatis faciat, vt qui fratrem habet, eiusdémque fratris filium, maiore studio & amore fratrem, quàm fratris filium prosequatur, vel ob hoc ipsum quòd fratris filius vno gradu remotior est. Non idem tamen est in eo qui fratrem habeat, &

Digitized by Google

alterius fratris prædefuncti filium quem nos ex fratre nepotem vulgò appellamus. Hic enim quemadmodum ambos fratres quandiu vixerunt æquè dilexit, & diligere debuit si nihil nisi ordinem charitatis & adfectionis naturalis consideres, ita prædefuncto altero credendus est in filium eius superstitem eandem transferre adfectionem, qua patrem viuum prosequebatur, ne alioqui eueniat vt miser fratris filius amisso patre patruum quoque hoc ipso amisisse intelligatur, quem potiùs exinde incipere debeat habere pro patre, si iis credimus qui patruum ex eo dictum volunt, quòd sit velut alter pater, materteram quòd sit altera mater, sicut & fratrem quòd sit ferè alter idem. Quando enim aptiùs & conuenientiùs dici id possit, quàm cùm verus pater nullus supereſt, aut nulla vera mater? Neque verò alia æquitatis ratione, aut potiùs alio colore moueri potuit Iustinianus vt nouella illa sua constitutione ius repræsentationis daret filiis fratrum si quando de patrui hereditate cum patruo superstite decertarent. Cùm igitur quod à Iustiniano in hac specie constitutum est de iure repræsentationis aduersus iuris veteris rationem, ex verisimili adfectione patrui erga fratris filium proficiscatur, Nemo vtique possit inferre cum Baldo, aliud igitur in fideicommissis dicendum esse, ob id solùm quòd in fideicommissis spectanda sit potissimùm adfectio testatoris: sed tamen vt contrà nunc sentiam, nullo penitus casu locum esse repræsentationi in fideicommissis, ne quidem inter descendentes, mouet me autoritas legum omnium quæ loquuntur de huiusmodi fideicommisso familiæ relicto, in quibus video scriptum seruandam esse graduum distinctionem, vt is demùm præferatur qui proximior est in gradu. Sic enim Papinianus in *l. pero 69. §. fratre de leg. 2.* illis verbis *ita res temperari debet vt proximus quisque primo loco videatur inuitatus* & Iustin. *in d. l. vlt. C. de verb. signific.* cùm ait, *& hoc videl. cet gradatim fieri.* Sunt enim ista planè contraria, & quæ simul stare non possunt vt succedatur ex fideicommisso secundum distinctionem graduum, & vt succedatur iure repræsentationis, cùm repræsentatio distinctionem graduum tollat. *Auth. post fratres 1. & 2. C. de legit. hered.* Sed omnium maximè mouet me Modestinus, *in d. §. in fideicomm sso.* vbi ait præferri eos qui primo gradu procreati sunt, quo verbo *procreati* significat, vt ita dixerim, naturalitatem quandam, quæ per fictionem repræsentationis nec tolli potest nec induci. Is enim demùm potest repræsentationis iure succedere qui in remotiore gradu procreatus est non qui in proximiore. Nec rursus repræsentatio fingit aut fingere potest, eum qui in remotiore gradu procreatus est, esse procreatum in proximiore, sed facit tantùm vt subintret in locum & gradum eius qui procreatus erat in priore, quæ fictio nihil commune habet cum ipsa procreatione, & natiuitate. Denique si verum est quod iidem interpretes volunt, quemadmodum sequenti capite dicemus, Non esse locum repræsentationi siue testator ipse substituerit proximiores, siue additis iis verbis *salua gradus prærogatiua.* Cur aliud esse volumus substituta simpliciter familia, cùm hoc etiam casu proximiores inuitatos & saluam gradus prærogatiuam esse prudentes velint? Cur aliter legum, aliter verò testatoris verba interpretamur? Illud certè nullomodo ferre possum, vt fratris filius cum patruo superstite concurrat in fideicommisso per alium patruum relicto. Iustiniani enim

Digitized by Google

enim constitutio quæ ius hoc nouum toti Iurisprudentiæ antiquæ incognitum induxit, de sola successione intestati locuta est, non etiam de fideicommissis, in quibus proinde ius vetus manſit incorrectum: nec enim alia hodie est voluntas testatoris fideicommissum relinquentis familiæ, quàm quæ Modestini temporibus erat simili fideicommisso relicto: quia nec sensus verborum immutatus est, neque aliud quicquam præter ius succedendi ab intestato. Cùm olim ius repræsentationis non haberet locum ne quidem inter descendentes, nisi in suis heredibus, cuius tamen suitatis certum erat nullam haberi posse rationem in fideicommisso, non suis heredibus sed familiæ relicto. *d.l.peto.§.vlt.* vbi dicitur etiam emancipatos admitti. Sed & me illud non parum mouet quod video fieri non posse vt cùm de huiusmodi fideicommissis quæritur, idipsum obseruemus quod in successione intestati seruaretur, siue de ascendentium, siue de patrui bonis tractemus. Constat enim fideicommissum quod familiæ relinquitur non alios inuitare, quàm qui eo tempore sint proximiores quo fideicommissi condicio existit: Cùm talia fideicommissa vt plurimùm condicionalia sint, vel hoc ipso quod relinquuntur post mortem grauati vt suprà diximus, in dispositionibus autem condicionalibus nemo dubitat, quin condicionis tempus inspiciendum sit, non dispositionis aut mortis testatoris *l. inter cuius* 59. *l. eum qui post* 104. *De condit. & demonstr. d. l. cùm pater* 77. *§. hereditatem filius* 4. *De legat. 2.* At in successione intestati inspiciendum esset tempus mortis, aut saltem delatæ legitimæ hereditatis, & cùm patremfamilias intestatum decessisse certum est *l. 2. §. proximum D. de suis & legit.* Non ergo fieri potest vt qui fideicommissum familiæ suæ relinquit videatur cogitare de iis ipsis vocandis, quos lex ad intestati successionem vocaret, ac eo ipso ordine: Cùm inter tempus delatæ successionis legitimæ & tempus euenientis condicionis fideicommissi possint plerique mori *d. §. hereditatem l. Statius* 48. *§. Cornelio D. de inr. fisc.* Posſétque nostrorum traditioni locus fieri eo demùm casu quo testator aliquis tam stultus reperiretur qui ea bona quæ vellet familiæ relinquere, extraneo ipse legaret cum onere fideicommissi purè statímque restituendi familiæ. Nam qui elegit vnum ex familia, cur eum grauet vt statim bona illa restituat familiæ? An non perinde manebunt in familia etiamsi non nisi post mortem suam restituere rogatus sit ille qui est de familia?

ERROR QVINTVS.

De repræsentatione quæ habet adiunctam transmissionem.

HINC verò alia etiam ratio suboritur, quæ ius hoc repræsentationis excludit, illa nimirum, quòd si repræsentatiò in fideicommissis quoque locum haberet, consequens fieret vt fideicommissi condicionalis transmissio aduersus omnes iuris regulas induceretur *l. is cui 42. de oblig. & actio.* Quid enim effectu ipso interest, an eo, qui ad fideicõmissum condicionale inuitatus fuerat, antegraduũ defuncto, admittamus filium eius ad fideicõmissi petitionẽ iure trãsmissionis, an iure repræsentationis? An nõ vtroq; casu tantundem cõsequitur? Nam si dicas in hoc esse differentiam, quod transmissio prodesset etiam illi qui ipse non esset vocatus, Repræsentatio autem quam dant interpretes in fideicommissis, cùm de bonis ascendentis agitur, non alij accommodatur, quàm qui ipse vocatus probetur; Facilè replicabo, posse perinde fieri, vt transmissionis ius sibi vindicare velit aliquis ex iis qui vocati sunt, vt scilicet vel cum proximioribus concurrat, à quibus alioquin anteuerteretur, vel iis qui in eodem gradu constituti sunt præferatur, qui alioquin cum eo concurrerent. Finge testatorem instituto fratre, & exheredatis Titio ac Sempronio liberis suis siue bona, siue mala mente, subinde rogasse fratrem vt post mortem suam bona restitueret eisdem Titio ac Sempronio & familiæ. Tum viuo adhuc herede Titium decessisse, superstite fratre Sempronio, superstitibus item liberis: Certum est Titij liberos ad hoc fideicommissum vocatos esse cùm sint ex familia, neque tamen posse fideicommissum petere proprio iure & ex propria persona, quandiu Sempronius viuit, & quidem duplici ratione: quarum prior illa est, quod Sempronius eos antecedit vno gradu, altera quòd nominatim ille vocatus est, qua de causa etiamsi posterior esset in gradu, præferri tamen deberet, *d. §. in fideicommisso*, etsi etiam cessante hac posteriore ratione prior sufficeret. Quis tamen dixerit admitti eos debere iure transmissionis ob id solùm quòd fuerint & ipsi vocati? Longè siquidem plus posset transmissio quàm vocatio, quia faceret vt tanquam transmissarij concurrerent cum patruo, cum quo tanquam vocati concurrere non possent. Cur ergo eos potiùs admittemus iure repræsentationis? An fortè quia transmissio sit odiosior? Imò fauorabilior est, repræsentatio enim fingit id quod non est, Transmissio autem fit eius iuris quod iam est vel in re, vel saltẽ in spe, vt cernere est in transmissione legati siue purè, siue in diem certũ relicti, adeóque stipulationis condicionalis, *l. 5. §. 1. & pass. D. quand. dies legat. ced. §. ex condicionali Inst. de verb. obligat.* Deinde in ipsis quoque ascendentium hereditatibus hoc euenit vt latiùs pateat ius trãsmissionis, quàm repræsentationis. Iã enim ostẽdimus, ante Iustiniani tẽpora ius ita fuisse vt in suis dũtaxat heredib. repræsentatio locũ haberet, cùm tamẽ in cæteris ascendẽtiũ hereditatib. haberẽt descendentes ius transmissionis post cõstitutionẽ Theodosianã, quæ extat *in l. vnic. C. de his qui ant. apert. tabul.* Cur ergo magis admittemus Titij liberos ad fideicõmissum condicionale, quod & patri & patruo ipsorum, & ipsis quoq; fuerat relictũ, vt in bonis aui succedãt per ius repræsentationis, quàm vt iure trãsmissionis? Aut quid iis nocebit iuris ratio, quæ transmissionis viam præcludit, si cũ interpretib. facias vt pateat iis via repræsentationis?

cùm

cùm ius repræsentationis etiã in suis heredib. non nisi ex iure transmissionis nasci videatur secũdũ ea quę de suitatis potestate disputauimus cap. superioribus. Addamus, quod fortius est, illo etiã casu quo descendentibus cõcessum fuit, vt ascendentium suorum hereditates transmittant ad alios descendentes, non æquè tamen illud etiam aut constitutum aut receptum esse, vt si aliquod iis fideicommissum sub condicione relictum sit ab aliquo ex ascendentibus, possint id transmittere ad suos descendentes: ita enim omnes nostri & rectè *ad dict. l. vnic.* reprobata sententia Accursij qui contra scripsit, *ad d. l. vlt. C. n.* 42. *de oblig. & action.* Si ergo ius transmissionis fauorabiliter inductũ in ascendẽtium hereditatibus, porrigi tamen non potest ad fideicommissa cõdicionalia etiam quæ ab ascendentibus fuerint relicta, quis ferat ius repræsentationis, quod minùs fauorabile est propter adnexã fictionis & mendacij notam porrigi ad fideicõmissum condicionale relictũ ab ascendente, ob id solũ, q̃ inductũ fuerit à Iustiniano in casũ legitimæ successionis ab intestato? Hinc nimirum intelligimus quemadmodum nihil commune, ita nec quicquã simile habere ius succedendi ab intestato cũ iure succedendi ex fideicõmisso. Fiet autẽ fortior hæc nostra ratio, si mecum perpendas transmissionem illã Theodosianam, licèt ab interpretibus nostris sane quàm audacter protracta sit ad successiones intestatorũ, verbis tamen ipsis constitutionis non nisi in successionibus testamentariis inductã fuisse, ideóq; tantò facilius ad fideicõmissa condicionalia porrigi potuisse, quanto propius accedit illa ad causam testamentariæ successionis, tũ quoq; cùm extra testamentũ, puta in codicillis siue ex testamẽto, siue ab intestato factis relicta sunt: omni enim casu pendẽt ex patrisfamilias voluntate ac dispositione & quidem expressa, in quo maximè differunt à legitima intestati successione, quæ tacitam duntaxat patrisfamilias volũtatem habet, nec eam semper puta si intestatus decesserit is, qui testamentũ facere voluit nec potuit vt alios sibi eligeret heredes, quã quos lex ei ab intestato datura esset, *l. conficiuntur 8. §. codicilli D. de iur. codicill.* Cur ergo magis licebit argumẽtari à legitimis ascendentium hereditatibus ad fideicommissa condicionalia ad inducendum ius repręsentationis, quàm à testamentariis ad inducendum ius transmissionis? Neque verò vnquam auditum est, si de testamentaria alicuius ex ascendentibus hereditate agatur, dandum nepoti ius repræsentationis, vt possit ex testamento succedere tanquam institutus in ea ipsa portione hereditaria, ex qua pater eius fuisset institutus. Alioqui frustra Gallus Aquilius tantopere laborasset in excogitanda formula instituendi posthumi nepotis, quẽ idcirco Aquilianũ appellamus: frustra etiã lex Vellea, de institutione nepotis Velleani, frustra denique Iureconsulti induxissent necessitatẽ illam causatiuã, vt nostri vocãt, instituẽdi nepotis iã nati, etiam qui testamenti tempore à filio anteuerteretur, ne si contingeret eum in sui heredis locũ viuo testatore succedere, testamẽtum quasi agnatione sui heredis rumperetur, *l. posthumorum 14. de iniust. rupt.* Potuisset enim ius repræsentationis sufficere, si in causa testamẽti, etiã tùm cùm de aui hereditate agebatur, locum habere potuisset. Quòd si ius repræsentationis non habet locũ in testamentariis hereditatib. ascendentiũ, ne quidem fauore suorum heredum, ita vt facilius patiatur legislator rũpi testamentum, quãuis alioqui per se fauorabilissimum, quàm induci hanc absurditatem, tametsi ab intestato aliud semper obtinuisset, cur volumus successionem ex fideicommisso fortassis testamentario cõparari hac parte successioni legitimę,

potius quàm teſtamentariæ? Et verò non quemadmodũ lex ſubſequitur voluntatem ciuis Romani ſiue teſtatus ille ſit, ſiue quam aliam vltimæ voluntatis ſpeciẽ etiam ab inteſtato condiderit, ita poteſt dici teſtatorem aut eum qui ab inteſtato quoq; voluntatẽ ſuã quoquomodo declaret ſubſequi voluntatem legis. Quid enim attinet ſupremum elogium condere, ſi nihil aliud quis facere velit, niſi quod etiam tacente ipſo lex factura erat? De quo memini aliàs me ſcribere plurib. *in* interpretatione, *l. pen. de legat.* 1. Itaq; cùm negamus in fideicommiſſis locum eſſe repræſentationi, ſiue de aſcendentium, ſiue de tranſuerſalium bonis diſputetur, non ad teſtatoris adfectionem referenda cauſa eſt, vt à Baldo factum fuit, & ab aliis, qui Baldũ ſecuti ſunt, ſed ad meram iuris rationem, quæ pluribus ſub nomine collectiuo ad eadem bona vocatis ſiue ab homine, ſiue à lege, grãduum diſtinctionem ſeruari vult vt qui proximior eſt præferatur cæteris. Ad quid enim graduum obſeruatio & diſtinctio apud Iureconſultos, niſi vt ſciatur ordo ſucceſſionis, ſiue ex teſtamento, ſiue ab inteſtato, *l. Iuriſconſultus* 10. *& tot. tit. D. de gradib. & adfin.* niſi ſi quo caſu aliter nominatim cautum eſt, quod in hereditatibus legitimis aliquot caſibus, & pro temporum varietate aliter atque aliter conſtitutum, at in teſtamentariis numquam receptum eſt, in fideicommiſſis verò ſiue ex teſtamento, ſiue ab inteſtato relicta proponantur, multò minùs.

ERROR SEXTVS.

De coniecturis quæ in fideicommiſſis ius repræſentationis impedire creduntur.

NON erit nobis difficile eas agnoſcere & adprobare coniecturas, quas pleriq; ex interpretibus noſtris adferre ſolent, vt in fideicommiſſis excludant ius repræſentationis quod alioquin admitterent. Cùm enim ius hoc repræſentationis nullo penitus caſu recipiendum eſſe arbitremur, ne quidem, quod magis mirẽre, ſi teſtator idipſum expreſſim diſpoſuerit, cùm eo caſu poſſint & debeant remotiores cum proximioribus concurrere iure proprio, & citra beneficium repræſentationis, quòd ad eos tametſi in remotiore gradu conſtitutos teſtator voluntatem ſuam extenderit, vt ſcriptum eſt *in l. omnia* 32. *aliàs l. cùm ita §. in fideicommiſſo de legat.* 2. facilè patimur vt qui cõtra nos sẽtiũt, mutẽt ſentẽtiã vel ex minima volũtatis cõiectura, quã ſufficere putẽt ad cõmentitiũ ius iſtud repræſentationis excludendũ. Prima verò coniectura illa adfertur, ſi teſtator per fideicõmiſſum ſubſtituerit liberos, aut agnatos, aut cognatos ſuperſtites, quaſi eo nomine, *ſuperſt. tum*, ij tantùm cõprehendantur, & vocati intelligantur qui ex propria perſona poſſint admitti, ſi ſint ipſi ſuperſtites, nõ etiã qui in præmortuorũ locum ſucceſſerint, quomodo ſuccedere illos neceſſe eſt, qui velint admitti iure repræſentationis. Sic. n. illuſtriſſ. Cardinalis D. Franciſcus Mãtica *l. b. 8. de coniect. vlt. volũt. tit. 9. n.* 5. poſt Curt. iun. *conſ.* 57. *n.* 9. Pariſ. *conſ.* 37. *n.* 50. *in fi. & ſeq. & n.* 70. *vol.* 2. Corn. *conſ.* 182. *n.* 6. *vol.* 2. Addens tamẽ ita temperandã eſſe hãc cõiecturã, niſi teſtator ſubſtituerit ſuperſtites eo ipſo modo quo eſſent ſucceſſuri ab inteſtato, ex Decio *conſ.* 79. *n.* 1. & hoc ipſum quoq; niſi aliud appareat ex voluntate teſtatoris, vt tractat idem Pariſ. *dict. conſ.* 37. *num.* 53. *in fin. vol.* 2. Secunda coniectura eſſe creditur, ſi teſtator ſubſtituerit his verbis *prædictos eius heredes*. Idẽ Mãtic. *n.* 6. ex Curt. iun. *conſ.* 58. *n.* 2. *ver. præmiſſ.*, & Ant. Gabriel. *cõ. l.* 3. *n.* 9. *de fideic. lib.* 4.

Digitized by Google

*lib.*4. Videntur enim ſupradictis verbis ij ſoli vocati qui nominati fuerunt in inſtitutione, non etiam qui in locum gradúmque illorum ſucceſſerunt, quia nominatio eſt quid ſpecialius, quàm vt poſſit induci aut ſuppleri per repræſentationem, quę quoties locum habet facit quidem vt qui in remotiore gradu reuera eſt, videatur conſtitutus in proximiore, ſed non illud etiam vt qui nominatus nullomodo fuit haberi debeat pro nominato. Alioqui dicendum erit nominato eo, qui fratrem habuerit eiuſdem gradus ſed non nominatum, & defuncto ante diem fideicommiſſi cedentem ſuperſtitibus liberis, itémque ſuperſtite fratre, præferri debere prædefuncti nominati liberos tanquam & ipſos nominatos, quoniam & pater eorum ſi viueret præferretur tanquam nominatus fratri non nominato, quod tamen abſurdum eſſet. Inauditum enim eſt vt repræſentatio accommodetur remotiori in gradu ad hoc vt is præferatur proximiori, cum quo ſatis eſt quod remotior poſſit concurrere, qui ab eo alioquin excluderetur. Tertia cõiectura eſt, cùm teſtator in primo gradu inſtitutionis magis dilexit filios quàm nepotes quos non nominauit. Nam ſi poſtea ſubſtituat in hæc verba *cóſque & eorum fi.os inuicem ſubſtituo* dicendum eſt inquit Mantic. vbi ſuprà *nu.*7. quòd ſicuti magis dilexit filios eos inſtituendo, ita etiam ſubſtituendo magis eos dilexiſſe videatur, vt vno eorum moriente alter frater potiùs admittatur tanquam magis dilectus, quàm nepotes qui fuerunt minùs dilecti: quomodo reſpondit ex facto Curt.iun.*conſ.*22. *nu.*8.*& ſeqq & nu.*11.*& conſ.*161.*nu.*7. Car.Ruin.*conſ.*101.*nu.*21.*vol.*2. Quarta eſt ſi filij ſubſtituti ſint nominatim expreſſo nomine proprio vel appellatiuo, nepotes autem non niſi generaliter ſub nomine aliquo communi, veluti ſi teſtator ſubſtituerit *filios & deſcendentes*, nam ſpecialiter ſubſtituti debent præferri, idem Mantic. *vbi ſu.pr.nu.*8.*ex d.§.in fideicommiſſo & l.heredes mei* 57.*§. vlt.ad SC.Trebell.* poſt Curt.iun.*d.conſ.*161.*nu.*7.*verſ.ex præmiſſis & in l.*2.*nu.*14. *C.de ſucceſſ.edict.* Pariſ.*conſ.*18.*num.*66.*&* 72.*vol.*2.*& conſ.*37.*nu.*49.*verſ.*5.*&* 7. Quinta coniectura eſt, ſi nepotes non erant nati, neque concepti tempore mortis teſtatoris, quaſi non poſſint iſti iure repræſentationis venire ad ſucceſſionem aui quem nullo vnquam cognationis iure tetigerunt, *exl.Titius* 9.*ff.de ſuis & legit.l.*1.*§.ſi quis proximior ff.vnd.cognat.l.ſi cognatis de reb.dub.* Bald.*con.*488. *vol.*3. Huiuſmodi enim nepotes poſt aui mortem concepti non tam propriè quàm abuſiuè nepotes dicuntur *l.item prætor* 9.*de ſuis & legit.*& quamuis non defuerint, qui contrà ſenſerunt, quos refert idem Mantic.*nu.*11. In hoc tamen magis communiter noſtri cõſentiunt vt ſi concepti poſt mortem aui contendant cum patruis aut cum alijs nepotibus, qui fuerint ſuperſtites iam eo tẽpore quo auus moreretur, poſtponi debeant, neque aut ex propria perſona, aut iure repræſentationis poſſint ſuccedere, tanquam minùs dilecti, quàm qui à teſtatore & cogniti & dilecti fuerunt vt concludit illuſtriſſ. Mantic.*d.nu.*11. ex Curtio iuniore *d.conſ.*57.*nu.*11 *&* 12.*& conſ.*58.*n.*5.*&* 6. Sextã coniectũrã addũt plerique ſi eo tẽpore quo deceſſit teſtator de cuius fideicõmiſſaria ſucceſſione tractatur ſuperuixerit pater eorum, qui in eius locũ poſtea defuncti voluit ſubrogari: Nã nec aliter locus eſt repręſentationi tũm quoque cũ ab inteſtato ſuccedítur, quã ſi viuo eo de cuius hereditate ágitur mortuus fuerat pater, ex cuius perſona ius repręſentationis prætẽditur. *auth.poſt fratres* 1.*C de legit.hered.* Iaſ.*inter conſil.Rubei.* Alex.*conſ.*37.*nu.*3. quem refert Mãtic.*nu.*12. vbi tamen ſubiungit nõ probari ſibi hanc coniecturam, quòd alia ſit ratio ſucceſſionis inteſtati quæ defertur purè per legẽ ſtatim atq; certũ eſt patrem fam. inteſtatũ deceſſiſſe *l.*2.*§.proximum ff.de ſuis & legit.hered.* Alia verò fideicõmiſſi condicio-

nalis in quo ſpectandum potiùs eſt tempus euenientis conditionis, quo demum tempore dies fideicommiſſi cedit *l. vnic. §. ſin autem al quasi ſub conditione Cod. de caduc. tollend. l. interciditis 59. l. ſi quis poſt 104. de condit. & demonſtr.* niſi proponas teſtatorem ſubſtituiſſe proximiores cum adiectione illa *meos* propter quam neceſſe eſt eum qui fideicommiſſum petat proximiorem fuiſſe mortis tempore vel verè vel interpretatiuè, vt in ſpecie reſpondit Bald. *conſ.* 488. *vol.* 3. Septima coniectura illa adfertur, ſi teſtator ſubſtituerit ſalua gradus prærogatiua. In hoc enim caſu vix quiſquam dubitat, quin ius repræſentationis omnino excluſum intelligi debeat *ex Auth. defuncto* vbi Caſtrenſ. *nu.* 3. *C. ad SC. Tertyll.* Dec. *conſ.* 1. *nu.* 6. *& conſ.* 408. *in princip. & in fi. & num.* 12. Curt. iun. *conſ.* 154. *num.* 9. Didac. Couarr. *pract. quæſt. cap.* 38. *nu.* 4. cum aliis pleriſque citatis per Mantic. *vbi ſuprà nu.* 9. Niſi, inquit ille, teſtator dixerit ſalua gradus prærogatiua & ſeruato ordine ſucceſſionis ab inteſtato vel à iure tradito. Ex Decio *conſ.* 79. *poſt num.* 1. quem refert ac ſequitur Didac. *d. c.* 38. *nu.* 4. *verſ.* 8. Octaua & poſtrema coniectura eſt ſi teſtator ſubſtituerit expreſſim proximiores: quaſi expreſſio iſta omnem excludat fictionem, & conſequenter repræſentationem quæ nihil niſi fictio eſt, cùm in fideicommiſſorum verbis interpretandis veritatem non fictionem attendi oporteat *l. fideicommiſſum 71. de condic. & demonſt. l. Statius Florus* 48. *§. Cornelio Felici D. de iur. fiſc.* Ac quamquam plerique magnæ inter noſtros autoritatis viri contrà putarunt, inter quos Bald. *d. conſ.* 488. *vol.* 3. Alex. *conſ.* 137. *nu.* 1. *in fin. verſi. præterea reperio lib.* 1. Iaſ. *conſ.* 159. *lib.* 4. frequentior tamen noſtrorum ſchola coniecturam iſtam probat niſi ex fortioribus coniecturis conuincatur, vt loquitur Mantic. *nu.* 10. poſt Didac. *d. c.* 38. *num.* 4. *in verſ.* 3. & Roland. à Vall. *conſ.* 38. *num.* 33. *verſ. verum quia multi.* Et hæc quidem ſunt, quæ ex communiore interpretum noſtrorum ſententia in hanc rem diſputari poſſunt. Nos verò etſi facilè admittimus iſtas omnes coniecturas, qui nullo prorſus caſu repræſentationem in fideicommiſſis agnoſcimus, multa tamen in huiuſmodi traditione obſeruamus, quæ ſuppoſito interpretum errore, de repræſentationis iure quibuſdam caſibus etiam in fideicommiſſis inducendo, ſuſpecta falſaque non immeritò videri poſſint. Dicemus nonnulla breuiùs quæ ad ſex priores coniecturas pertinent. De reliquis duabus, quoniam maioris momenti ſunt, fuſiùs poſtea dicturi. Ergo quod ad primam pertinet, quæ illa eſt, ſi teſtator cùm plures ſub nomine collectiuo inuitauit ad fideicommiſſum, eos ſubſtituerit adiecto nomine ſuperſtitum, dico videri eam potentiorem ad impediendum ius tranſmiſſionis eo caſu quo alioquin poſſet tranſmiſſio fideicommiſſi cõditionalis habere locum ex tacita voluntate teſtatoris (iuxta opinionem aliam interpretum noſtrorum quæ à nobis æquè vt erronea ſuperiore Hemiſphiliade confutata eſt) quàm ad impediendum ius repræſentationis. Nec enim fieri poteſt vt non ſint ſuperſtites qui fideicommiſſum petunt iure repræſentationis, licèt præmortui ſint illi, quomodo præmortuos eſſe neceſſe eſt, in quorum locum gradúmque ſuccedunt. In eóque differt tranſmiſſio à repræſentatione, quòd illa reſpicit fauorem & perſonam tranſmittentis, hæc verò perſonam repræſentantis. Tranſmittit qui eſt in proximiore gradu, repræſentat qui eſt in remotiore, ideóque facilius eſt, vt ſubſtitutis ſuperſtitibus impediatur tranſmiſſio, quàm vt repræſentatio. Quomodo enim aut quo iure poſſet quis tanquam ſubſtitutus fideicommiſſum tranſmittere ad quod non alij ſint vocati quàm ſuperſtites, ſi ipſe præmoriatur? aut quid tam contrarium, quàm ſuperſtitem

eſſe

esse quem & præmortuum? Estque in hanc sententiam apertus textus *in d.l. heredes mei* 57. *§. cum ita ad SC. Trebell.* vbi & testator proponebatur grauasse filios vt qui eorum prior decederet, partem suam hereditariam superstiti fratri restitueret, & negat Papinianus præmortui liberos ad fideicommissum admitti posse, in illis verbis *cessante prima substitutione*: quamquam non puto aliud responsurum fuisse Papinianum, etiamsi nulla in substitutione mētio superstitis facta fuisset. Non enim eo minùs verum fuisset, condicionale fideicommissum esse, quod ad heredes nūquam transmittitur: at repręsentatio non solùm non impeditur ob id, quòd qui erant proximiores in gradu prædecesserint, sed nec aliter induci potest quam si prædecessisse probentur. Quid? quod interpretibus nostris placet, si testator pluribus institutis substituerit inuicem superstites, & eorum liberos, & aliqui ex eis prędecesserint superstitibus liberis, tamen præmortuorum quoque liberos ad fideicommissum admitti, non quidem iure transmissionis, sed ex propria persona & tanquam expressim vocatos, quasi ea dictione *eorum* personæ ipsæ substitutorum non quasi superstitum in abstracto, sed quasi substitutorum, &, vt loquuntur, in concreto significatæ intelligantur, substitutique ipsorum liberi in eum casum, quo parentes ipsos non superstites, sed prædefunctos esse contingeret. Sic enim Philipp. Corn. *cons. 37. lib. 1.* plerisque Senatus nostri consultis adprobatus quæ nos retulimus in Codice nostro *Defin. 7. 24. & 37. De fideic.* ergo si semper vera interpretes sentiunt, non semper verum est adiectam dictionem *superstitum* impedire quominùs præmortuorum liberi possint succèdere iure repræsentationis si modò sub aliquo nomine siue proprio, siue appellatiuo, siue collectiuo sint vocati. Deinde verò, si tùm quoque cùm remotiores in gradu continentur appellatione vocatorum, non tamen nisi per posterius vocati intelliguntur, id est post proximiores, & nihilomagis excluduntur à iure repræsentationis si interpretibus nostris credimus, vt scilicet ex fideicommisso succedant eo ipso ordine quo succederent ab intestato, cur non idem dicemus etiamsi testator superstites substituerit? aut cur exigemus vt expresserit testator, cùm superstites substituit, velle se vt succedant seruato iuris ordine, & eo modo quo ab intestato succederent, quod interpretes requirunt? Secunda sanè coniectura extra omnem prorsus dubitationem est, vt repræsentatio locum non habeat si substitutio fideicommissaria facta sit per expressam aut implicitam nominationem heredum institutorum. Nam repræsentatio facit duntaxat vt qui remotior in gradu est subintrando in locum proximioris repræsentet ipsius gradum, at non etiam vt repræsentetur nominatio facta in priore gradu, vt verò heredis institutio multò minus, nec proinde facere potest, vt substitutis per fideicommissum *prædictis heredibus* alij possint se dicere substitutos, quàm qui prædicti & prænominati heredes fuerunt. Planè tertia coniectura ad eum casum pertinens quo testator institutis solis filijs, postea eos eorúmque liberos per fideicommissum substituerit, non caret scrupulo & dubitatione. Etsi enim dici solet eos quos testator in institutione dilexit, videri in substitutione quoque prædilectos fuisse, id tamen non nisi in dubio obtinet, non autem cùm substitutionis verba sunt aperta, quæ alios ad fideicommissum vocant quàm qui fuerant instituti. Præsertim verò cùm substitutio facta est per expressionem specialis nominis siue proprij, siue appellatiui, cuius propria significatio nullum hæsitationi locum relinquat, de quibus personis, aut de quo personarum

Digitized by Google

gradu testator senserit, vt in proposita specie in qua fingimus substitutos expressim fuisse non tantùm eos qui fuerant instituti, sed etiam eorum filios. Nam qui simul & æquè sunt substituti adeóque nominati licèt diuersis nominibus, cur non simul & æquè succedent? alioqui dicendum erit, si quis Titio, Sempronio & Mæuio heredibus institutis, Titio absque liberis morienti substituerit ex fideicommisso, Sempronium Mæuium, & Cornelium, solos Sempronium & Mæuium ex substitutione successuros, non etiam Cornelium quia non fuerit ille cum cæteris nominatus in institutione. Quod tamen absurdum esset dicere, cùm expressio nominis faciat nec dubitari possit quin ad fideicommissum inuitati sint omnes ij, qui nominati fuerunt, etiam si neque in institutione nominati reperiantur, neque sint in gradu æquè proximo, vt diximus in præcedentibus circa interpretationem *§. in fideicommisso l. omnia* 32. *alias l. cùm ita de legat.* 2. Solúsque ille casus excipiendus est, in quo testator aliquos ex heredibus institutis specialiter inuicem substituerit. Tunc enim licet post omnes institutionis clausulas subiecerit, *eósque omnes eorúmque filios inuicem substituo*: ij tamen non continebuntur inter quos specialis substitutio facta est, neque ipsorum liberi *l. coheredi* 41. *§. qui patrem de vulg. & pupill. substit.*

ERROR SEPTIMVS.

Circa easdem coniecturas continuata tractatio.

DEMQVE tractari potest circa quartam coniecturam, si filij substituti sint specialiter nomine proprio expresso vel appellatiuo: Nepotes autem non nisi generaliter sub nomine aliquo communi, putà si substituerit *filios & descendentes*. Nam cùm non possit adiecta videri dictio *descendentes* post expressam mentionem filiorum, nisi ad cõprehendendos etiam eos, qui alioquin filiorum appellatione comprehendi non potuissent, an non fiat iniuria nepotibus qui supersunt ex filijs prædefunctis, si cum superstitibus filijs non admittantur? Si enim ad fideicommissum quod familiæ relictum est, etiam remotiores cum proximioribus admittũtur dummodò ad eos voluntatem suam testator extenderit vt scriptum est *in d. §. in fideicommisso*. quanto magis ij admittendi erunt qui pro se habeant & verba testamenti, & beneficium iuris, vt parentis prædefuncti personam repræsentare possint? quare nec desunt ex interpretibus qui contra coniecturam hanc sentiant, admittántque nepotes cum filijs primi gradus quoties testator substituit *filios & descendentes*, inter quos Socin. iun. *cons.* 20. *uu.* 3. *& seqq. vol.* 3. quem refert Mantic. *dict. tit.* 9. *lib.* 8. *num.* 8. Sanè quod de nepotibus post aui eiusdémque testatoris mortem conceptis tractant interpretes, vt nunquam possint repræsentationis iure succedere, certissimum est, vel ex ipsa interpretum nostrorum distinctione quæ non alijs casibus admittit ius repræsentationis in fideicommisso, quàm quibus haberet locum in successione ab intestato. Certum namque est, nullo iure posse quem ab intestato ei succedere quem nullo sanguinis & cognationis vinculo contingat, cùm successiones omnes intestati non nisi

sangui-

ſanguinis iure deferantur, eum verò qui poſt alterius mortem non modò editus, ſed etiam conceptus ſit nullo proximitatis gradu ipſum contingere vt ſuprà diximus *ex d.l. Titius 6. ff. de ſuis & legit. l.1. §. ſi quis proximior. ff. vnd. cognat.* Et hoc quoque conſequens videtur ei quod ſcribit Iuriſc. *in dict. §.* in fideicommiſſo admittendos eſſe ad fideicommiſſum familiæ relictum illos, qui fuerunt in familia eo tempore quo teſtator moreretur, vt intelligamus cæteros ſi qui ſuperuenerint ad fideicommiſſum huiuſmodi non pertinere, tanquàm qui non ſint de familia eiuſdem teſtatoris, niſi valdè impropriè, & abuſiuè. Vnde illud etiam eſt quòd ſi ex ijs aliqui medio tempore, id eſt à morte teſtatoris in diem vſque cedentis fideicommiſſi fuerint emancipati, non eo minùs ad fideicommiſſum admitti poſſint *l. peto 69 §. vltim. de legat. 2.* An quia etiam poſt emancipationem videantur eſſe adhuc quodammodo de familia, ob id ſolùm quod ſunt de ſanguine & cognatione, vt quidam putant? Minimè: ſed quia vt ex voluntate admitti poſſint, ſufficit fuiſſe illos in familia eo tempore quo teſtator moriebatur, qui ad perſonas, tùm in familia exiſtentes, potiùs quàm ad ius ipſum familiæ reſpexiſſe intelligitur. Nec quod ad fideicommiſſum condicionale admitti poſſunt omnes ij qui tempore condicionis euenientis & ſuperſtites & capaces reperiuntur *l. eum qui poſt 104. de condic. & dem. ad rem facit.* Tunc enim id obtinet, cùm fideicommiſſi verba eam interpretationem patiuntur, quia in diſpoſitionibus condicionalibus, vt iam ſæpiùs diximus, generale eſt vt exiſtentis condicionis, non diſpoſitionis, tempus ſpectetur. At verba non patiuntur, quoties teſtator aut familę ſuę reliquit fideicommiſſum, vt *in d. §. in fideicomm ff.*, aut proximiores, ſiue expreſſim, ſiue tacitè inuitauit, quomodo inuitatos eos fuiſſe ponendum eſt cùm de repræſentationis iure diſputatur. Quid enim attinet de repræſentatione quærere niſi cùm de proximitatis gradu quærendum eſt. Proximior porrò nec eſſe, nec fieri vnquam poteſt is qui nullo proximitatis gradu defunctum contingit, ſiue ex propria perſona, ſiue per repræſentationem velit ſuccedere, vnde illud etiam eſt, quod à quibuſdam traditum ſuprà diximus, & nobis probatur, nullo iure poſſe repræſentationem prætendere illum cuius pater ſuperuixerit teſtatori, quam ſextam eſſe coniecturam retulimus, nec magis cùm de fideicommiſſo tractatur, quàm cùm de ſucceſſione inteſtati. Duo enim exigit repræſentatio, vt habere locum poſſit. Primum eſt quod modò dicebamus, vt aliquo ſanguinis gradu defunctum contingat is, qui per repræſentationem vult admitti. Alterum, vt eo tempore quo paterfamilias moritur, de cuius bonis diſputatur, præcedens gradus de quo repræſentando agitur à nemine occupetur: nam ſi tùm occupatus reperiatur, omnem repræſentationi viam in totum præcludit, & in perpetuum, ſiquidem illud demùm tempus inſpiciendum eſt, vt ſciatur quis proximior, aut quis æquè proximus eſſe vel videri poſſit.

ERROR OCTAVVS.

De proximitate gradus ſpectanda inter plures gradatim vocatos, ſiue ex teſtamento, ſiue ab inteſtato.

T in hanc quoque rem textus elegans & apertus eſt *in d. §. in fideicommiſſo*, vbi diſertè ſcribit Modeſtinus, non ſolùm id quod iam diximus, ad fideicommiſſum familiæ relictum admittendos eos qui in familia fuerunt eo tempore quo

Digitized by Google

teſtator moriebatur, ſed etiam, quod ad rem noſtram magis pertinet, ex iis qui fuerunt in familia eo tempore priùs admittendos illos, qui ſunt gradu proximiores, ne dubitari poſſit quin gradus proximitas æſtimanda ſit ex tẽpore quoque mortis teſtatoris, licèt fideicommiſſum condicionale proponatur, Qualia vix eſt, vt non ſint ea, quæ familiæ relinquuntur. Atquin is qui patrem habet ſuperſtitem tempore mortis teſtatoris, licèt iam tùm ipſe cõceptus & natus ſit, contingit quidem aliquo ſanguinis gradu teſtatorem, ſed non eo qui facere poſsit vt vel proximùs tùm eſſe, vel vnquam fieri poſsit. Fruſtra ergo poſtea certet de repræſentando patre quem repræſentare non potuit eo tempore quo vel proximior vel æquè proximus eſſe aut videri debebat. Quemadmodum nec in ſucceſſione ab inteſtato quicquam prodeſt, fieri quem proximum poſt delatam hereditatem, ſi eius delatæ tempore proximus non fuit, *d. l. 2. §. proximum D. de ſuis & legit. hered.* Alioqui ſucceſſio in agnatis induceretur contra iuris veteris rationem, de qua *in §. placebat Inſt. de legit. agnat. ſucceſſ.* Quod ius quamuis à Iuſtiniano emendatum ſit inducta etiam in agnatis ſucceſsione, vt ſcilicet agnato proximo excluſo ab adeunda hereditate ſequens in gradu admitti poſſit, acſi delatæ hereditatis tempore proximior fuiſſet, qui re vera erat remotior, nemo tamen idcirco dixerit, inductum fuiſſe à Iuſtiniano ea conſtitutione ius repræſentationis in fauorem illius quem alius mortis tempore anteuertiſſet. Nihil enim aliud Iuſtinianus conſtituit, niſi vt poſterioris gradus agnati qui mortis tempore fuerant remotiores, poſſint nihilominus poſt excluſos anteriores admitti, & quidem ex proprio iure propriáque perſona tanquam agnati, cùm antea non niſi tanquam cognati admitterentur per prætorem, ex proprio tamen quiſque capite & ex propria perſona. Ergo quamuis admittamus, quod admittendum ſanè eſt, in eo differentem eſſe rationem ſucceſſionis fideicommiſſariæ & legitimæ, ſi meram iuris rationem inſpicias, quòd fideicommiſſaria tractum temporis habere poteſt & ſucceſſionem graduum in tempus vſque condicionis euenientis, non etiam ſucceſſio legitima extra caſum, *d. §. proximum & §. vlt. d. l. 2. de ſuis & legit.* Poſteaquàm tamen Iuſtiniani conſtitutione hoc ius immutatũ eſt, inductáque in agnatis etiam graduum ſucceſſione, videtur bona vtriuſque ſucceſſionis hac parte comparatio, ſaltem hactenus, vt ſicuti Iuſtinianus inducendo ius illud ſucceſsionis inter agnatos non ideò tamen induxit ius repræſentationis, adeò vt alia opus fuerit conſtitutione ad faciendum vt fratris filius in ſucceſsione patrui defuncti concurrens cum patruo ſuperſtite repræſentare poſſit gradum ſui patris, nec id tamen aliter quàm ſi pater viuo fratre ſuo deceſſerit. *dict. Auth. poſt fratres C. de legit. hered.* Ita neque poſſit quiſquam dicere in ſucceſſione fideicommiſſaria locum eſſe debere repræſentationi in fauorẽ eius quem pater moriente teſtatore anteuerterit ob id ſolùm quod ex cauſa fideicommiſſi poſſint varij eſſe gradus ſuccedendi. Vtrumq; enim ſimul ſtare poteſt, vt & ſuccedendi gradus ſint diuerſi, & tamen ex ſingulis gradibus ſuccedatur iure proprio ac citra ius repræſentationis, niſi eo ſolo caſu quo ius repræſentationis natum fuerit, formatúmque iam inde ab eo tempore quo viueret adhuc is de cuius bonis contenditur. Idque conſequens eſt ex propoſitioni, quæ à nobis ſæpius relata probatáque eſt, per fideicommiſſum ſuccedi teſtatori nõ autem grauato. Facit namque ea res vt in iure ſuccedendi non aliud tempus inſpiciendum ſit quàm quod fuit moriente teſtatore quotics de proximitate

& gra-

Digitized by Google

& gradu proximitatis quærendum eſt: Hoc enim addo vt eum caſum excludam quo fideicommiſſum extraneis relictum eſt, quibus certum eſt relinqui poſſe tametſi viuo teſtatore neque nati fuerint, neque concepti, dummodò in rerum natura fuerint tempore condicionis exiſtentis. Sed is caſus ad tractatum noſtrum nō pertinet, cùm de repræſentationis iure quæri nihil poſſit inter extraneos, ſed tantùm inter eos qui teſtatorem ſanguine cōtingunt, ſi quidem ſint ex deſcendentibus vſque ad infinitum, ſin ex tranſuerſalibus non niſi ad filios vſque fratrum. Neque verò negamus poſſe illos qui repræſentationem allegant ſuccedere ex fideicommiſſo ex propria perſona, proprióque iure, ſi velint, ac proinde ſuo ordine. Quomodo ſuccederent ſi eſſent omnino extranei, niſi quod illud præterea exigimus, vt concepti ſint viuo teſtatore, quoties fideicommiſſum iis verbis relictum eſt, ex quibus appareat noluiſſe teſtatorem vt ad fideicommiſſum extranei admitterentur, id eſt alij quàm qui vel familia & agnatione, vel cognatione ſaltem aliqua teſtatorem contingerent. De poſterioribus duabus coniecturis, quoniam maioris momenti & diſquiſitionis eſſe videntur, ſeparatim nobis dicendum eſt.

ERROR NONVS.

Si teſtator plures ſubſtituerit ſub nomine collectiuo ſalua gradus prærogatiua, aut ſi proximiores.

EX omnibus illis coniecturis, quas ſuprà retulimus à noſtris interpretibus probatas eſſe circa excludendum ius repræſentationis eo quoque caſu quo alioquin iidem interpretes repræſentationi locum eſſe in fideicommiſſis volunt, ea meo iudicio certiſſima eſt, ſi teſtator cùm plures ſub nomine collectiuo per fideicommiſſum ſubſtitueret adiecerit hæc verba, *ſalua gradus prærogatiua*. Nam cùm ea ſit potiſſimùm vis, & poteſtas repræſentationis quoties ei locus eſt, vt graduum diſtinctionem & prærogatiuam tollat, quia facit, vt qui re vera in remotiore gradu conſtitutus eſt videatur eſſe in proximiore, perindéque ſuccedat cum eo qui re vera proximior eſt, acſi parem gradum teneret, quid obſecro apertius eſt quàm videre, teſtatoris qui in fideicommiſſaria ſubſtitutione adiecit verba illa, *ſalua gradus prærogatiua*, voluntatem illam fuiſſe, vt nullus non dicam repræſentationi, ſed nec quæſtioni de repræſentatione locus relinqueretur? Sunt enim iſta merè oppoſita inuicem, directóq; cōtradictoria, ſuccedere aliquos ex fideicommiſſo per ius repræſentationis, & ſuccedere ſalua gradus prærogatiua, vt & ſonus ipſe verborum penè demonſtrat, & diſertè ſcriptum eſt *in Auth. poſt fratres 1. C. de legit. hered.* vbi ob hanc cauſam Paulus Caſtrenſis quem alij penè innumeri ſecuti ſunt, motus potiſſimè ex verbis eius textus, docet nullum poſſe hoc caſu locum eſſe repræſentationi: videntúrque mihi interpretes in hoc vno peccare, quòd hanc vocant coniecturam, quæ tamen nititur tam apertis verbis teſtatoris, vt nullus coniecturæ locus relinquatur. Et tamen non deſunt ex interpretibus noſtris qui hoc quoque caſu repræſentationem inducant, quos

refert Antonius Gabrielius, in Cõmunibus Opinionibus. Ratio istorum est, quia per repræsentationem, inquiunt, gradus non corrumpitur, sed repræsentatur. Mira subtilitas si diis placet, Quasi verò inter gradum & gradus prærogatiuam nihil intersit. Fateor non corrumpi gradum per repræsentationem, quoniam qui fuit primus gradus semper primus remanet, itémque posterior semper qui ab initio posterior fuit, quãdiu persona aliqua subsistit quæ priorem gradum occupet. Sed nego fieri posse vt inducatur repræsentatio quin hoc ipso prærogatiua gradus corrumpatur, quæ tota in eo est, vt qui præcedit in gradu, sequentium graduum personas omnes in causa successionis anteuertat, quod tamen ne fiat, impedit repræsentatio. Non potest igitur testator qui fideicommissum relinquit præcipere vt ex fideicommisso succedatur saluo gradus prærogatiua, quin hoc ipso apertissimè ius repræsentationis excludat. Quare nec possum probare exceptionem illam, quam addunt ij ipsi qui nobiscum sentiunt, vt coniectura hæc ita debeat intelligi, nisi testator dixerit *Saluo gradus prærogatiua & seruato ordine successionis ab intestato vel à iure tradito.* Qua in specie volunt repræsentationi locum esse omnibus illis casibus, quibus etiam ab intestato locus esset vt concludit Didac. Couarr. *cap. 38. pract. quæst. num. 4. vers. 8.* post Dec. *consil. 79. sub num. 1.* quos refert & sequitur illustriss. Francise. Mantic. *lib. 8. de coniect. vlt. volunt. tit. 9. num. 9. in fin.* Implicant enim ista contradictionem vt ex fideicommisso succedatur saluo gradus prerogatiua, & seruato ordine successionis ab intestato, præterquàm iis casibus in quibus ab intestato quoque succeditur saluo gradus prærogatiua, quod contingit in transuersalium successionibus post fratres fratrúmque filios, nec alio præterea vllo casu. Eadem ferè quæstio, & idem tractatus est, si testator per fideicommissum substituerit expressim proximiores. Etsi enim cùm de causa & successione intestati quæritur, non aliam ob rationem disputamus quis sit proximior, quàm vt sciamus, cui successio deferatur, non ideo tamen quis proximior est, quod succedat, sed ideò succedit quòd proximior sit: nec quemadmodum repræsentatio immutat ius successionis, ita etiam immutare potest ius proximitatis & facere vt qui proximior erat, non sit & remaneat semper proximior. Proinde qui substituit plures siue descendentes, siue agnatos, siue cognatos, subiecta illa qualitate proximiorum, nihil aliud constituisse videri potest, nisi vt verborum compendiò videantur illi substituti saluo gradus prerogatiua, cùm non aliunde sumatur prærogatiua gradus quàm ex ordine ac potestate proximitatis: & euidenter aberrant, qui existimant remotiores succedentes per ius repræsentationis cum proximioribus æquè proximos intelligi debere. Succedunt enim illi, non tanquam æquè proximi, sed tanquam proximitatis gradum repræsentantes, qua repræsentatione nullomodo indigerent si re vera remotiores non essent. Cùm ergo sint remotiores, nulla prorsus ratio est, vt ad fideicommissum, quod non nisi proximioribus relictum est, admittantur. Quare nec opus est vt ad eam rationem confugiamus quam adferunt ij qui nobiscum sentiunt, quòd in fideicommissis veritas non fictio consideretur, *ex l. fideicommissum 76. de condit. & demonstr. l. Status Florus 48. §. Cornelio Felici D. de iur. fisc.* Nam qui succedunt solo iure repræsentationis, nec verè, nec fictè sunt æquè proximi, sed eo tantùm gaudent priuilegio, vt non anteuertantur in causa successionis ab iis, à quibus tamen in causa & gradu

Digitized by Google

gradu proximitatis anteuertuntur: id verò priuilegium habent, non quasi fingantur æquè proximi, sed quia sic constitutum est, vt admitti debeant ad successionem ex gradu defuncti, qui hodie si viueret, haud dubiè tanquam æquè proximus admitteretur, quamuis non tam ipsam defuncti personam, quàm ipsius gradum repræsentare intelligantur, vt diximus in superioribus.

ERROR DECIMVS.

Si testator substituerit proximiores ad quos de iure debet hereditas peruenire. Aut si addiderit vt in stirpes non in capita succedatur.

NON aliud puto respondendum, etiamsi testator substituendo proximiores adiecerit *ad quos de iure hereditas debet peruenire.* Qui casus est de quo consuluit Ias. *cons.* 159. *lib.* 4. *num.* 2. *in fin.* Non enim id perinde haberi debet, acsi simpliciter substituti essent illi ad quos debet hereditas de iure peruenire, Ne alioqui dictio illa *proximiores*, quæ primò ac principaliter adiecta est, frustra & inutiliter, addita videatur, sed ita accipi eam scripturam oportet, vt neque alij ad fideicõmissum inuitati videãtur, quàm qui sint proximiores, neq; rursum ex proximioribus alij, quàm qui ius habeant succedẽdi, ne partem cæteris faciant illi qui ad partem ipsi non admittuntur. Quid enim si proximior inueniatur eo tempore deportatus, aut per iuratam renunciationem à succedendo exclusus? Non admittetur ille ad fideicommissum, nec obstabit cæteris non solùm qui sint æquè proximi: sed nec si sint remotiores, quia non proximiores quilibet substituti fuerunt, sed tantùm proximiores in causa succedendi. Cæterùm quo casu proximior aliquis erit qui possit succedere, nũquam ferendum est vt cum eo concurrat alius remotior, etiamsi concursurus alioquin esset per ius repræsentationis in causa successionis ab intestato, quoniam verba testamenti non patiuntur quæ proximiorem disertè vocant, verum autem esse non potest, proximiorem aut ex proximioribus esse illum, quem negari non potest remotiorem esse. Nec ad rem facit quod cum proximioribus admitti possit ad successionem intestati: cùm iis casibus quibus iure nostro, siue nouo, siue vetere inductum fuit ius repræsentationis, nõ ampliùs quæratur quis sit proximior simpliciter, sed quis aut proximior aut habens repræsentandi gradum proximiorem. Nam nec iure proximitatis solius tùm succeditur, sed iure proximitatis simul & repræsentationis: Proximitatis quidem ex parte illius, qui ipse ex persona sua proximior est in gradu, nec indiget repræsentatione vt succedat, neque ab alio vllo excludatur: Repræsentationis verò ex parte illius, qui quòd sit in remotiore gradu constitutus, non posset ipse succedere, quinimò à proximiore excluderetur, si non haberet ius repræsentationis, cuius beneficio fiat non quidem æquè proximus, quòd nulla iuris arte fieri potest, sed æquè successor ac si æquè proximus esset: in quo non natura,

Digitized by Google

ſed ſola iuris communis ratio & poteſtas per fictionem violatur. Proximitas etiam hodie conſeruat perinde ac olim, ius ſuccedendi, ſed non parit ſemper ius quod olim pariebat excludendi remotiores, quia poteſtas repræſentationis impedit ex illa parte poteſtatem proximitatis: non quidem tollendo proximitatem in perſona proximioris, quod neque fieri vllomodo poſſet, ſed admittendo remotiorem hactenus non vt excludat proximiorem, at vt concurrat cum proximiore. Ergo cùm ad fideicommiſſum quod proximioribus relictum eſt non alij poſſint admitti, quàm qui ſunt vocati, hoc eſt qui ſunt proximiores, conſequens omnino eſt, vt ius proximitatis in tali fideicommiſſo proſit, non tantùm ad conſeruandum proximioribus ius ſuccedendi ex fideicommiſſo, ſed etiam ad excludendos remotiores omnes & cuiuſcunque ſint gradus, tanquam qui nec vocati ſint, nec pro vocatis etiam per fictionem haberi poſſint ſalua vi & poteſtate verbi quo teſtator vſus eſt ſubſtituendo proximiores: Nil obſtante illo quod adiecerit *ad quos de iure debet hereditas peruenire.* Illa namque adiectio non tollit præcedentem qualitatem ſub qua formaliter fideicommiſſum relictum eſt, adeóque nec illam explicat quaſi proximiores eos omnes teſtator intellexerit ad quos de iure debet hereditas peruenire, ſed tantùm limitat & reſtringit, vt appareat non de aliis proximioribus inuitandis teſtatorem ſenſiſſe, quàm qui etiamſi inuitati non eſſent, ſuccedere tamen iure communi poſſent. Ex quo ſi quis inferat cum Iaſone, Non aliter igitur videri eos inuitatos quàm vt ſuccedant eo ipſo modo quo de iure communi ab inteſtato ſuccederent, is proculdubio errauerit. Aliud enim eſt quærere qui ſuccedant, Aliud verò quærere qualiter ſuccedere debeant qui ſuccedunt, & quomodo. Teſtator in propoſito non alios voluit ſuccedere quàm eos qui eſſent proximiores, excluſis proinde in totum remotioribus etiam illo caſu quo ſuccedere poſſent cum proximioribus, ſi ad ſucceſſionem admitti poſſent. Prius enim eſt vt probent ſe eſſe ex numero vocatorum, quàm vt diſputent quomodo admitti debeãt: Atqui non poteſt fieri vt ſe vocatos probent, quin priùs oſtendant ſe vel proximiores eſſe, vel ſaltem ex proximioribus, quod ipſum tamen facere nunquam poſſint, cùm reuera ſint remotiores, taléſque maneant eo quoque caſu quo per ius repræſentationis concurrunt cum proximioribus ab inteſtato. Fruſtra igitur eſt quærere, an repræſentationis iure poſſint aut debeant ſuccedere illi qui nullomodo ſunt vocati. Sed & quod magis eſt, cùm aliquando ex facto proponeretur quidam poſt inſtitutos ex æquis partibus tres filios, ſingulis per fideicommiſſum ſubſtituiſſe deſcendentes, ídque in ſtirpes non in capita, & deſcendentibus omnibus præmortuis fratres præmorientis, eorúmque poſteros ſimili modo, id eſt in ſtirpes quoque non in capita: ſed ita tamen vt proximiores ſemper præferrentur: Reſpondi poſt extinctos deſcendentes omnes ad ſolum fratrem qui tùm ſupereſſet, non etiam ad præmortui fratris liberos totum fideicommiſſum pertinere, non alia ratione quàm hac ipſa, quòd teſtator expreſſim vocando proximiorem, ius repræſentationis apertè excluſiſſet, cùm negari non poſſet quin fratri ſine liberis defuncto proximior eſſet frater ſuperſtes, quàm filius fratris prædefuncti. Etſi enim præceperat teſtator vt ex huiuſmodi fideicommiſſo ſuccederetur in ſtirpes non in capita, quæ ſucceſſionis forma ſupponit ius repræſentationis, à quo nimirum & originem & perpetuam cauſam ſuam trahit, vt oſtendimus in præcedentibus *ex §. cùm filius & §. vlt. Inſt. de hereditat. quæ ab inteſt. defer.*

defer. Nihil tamen vetabat vtramque clauſulam ea donari interpretatione, quæ facere poſſet vt ex omni parte voluntas teſtatoris conſeruaretur, id eſt, & ex ea parte qua præceperat vt in ſtirpes non in capita ſuccederetur, & ex qua conſtituerat, vt proximiores præferrentur, nimirum relata reſtrictáque priore clauſula ad eum caſum quo fideicõmiſſum peterent illi qui eſſent æquè proximi & in eodem gradu ſuccedendi, quod in propoſita ſpecie contigiſſet, ſi ante fratrem de cuius bonis tractabatur alij fratres ambo deceſſiſſent, vnus quidem filio vno ſuperſtite, altero autem pluribus liberis relictis, tunc enim dubitari non potuiſſet, quin æquo iure fratrum omnium filij ad fideicommiſſum admitti deberent, cùm eſſent omnes æquè proximi, & in pari gradu conſtituti, ſoláq; dubitatio illa ſupereſſe poterat, an in ſtirpes admitti deberent, quomodo admitterentur ſi ab inteſtato ſuccederent auo, *d. §. cùm filius*, an in capita, quomodo ſuccedere illos hodie patruo debere, magis communiter probatum eſt, inuita licèt Iuriſprudentia, nouellâque Iuſtiniani cõſtitutione 118. *De heredib. ab inteſt. venient.* vt à nobis ſæpius dictum probatúmque eſt: in qua quæſtione fatendum eſſet fratrum filios in capita ſucceſſuros fuiſſe niſi teſtator contrariam ſuccedendi formam verbis teſtamenti præſcripſiſſet: non modò ſi eos interpretes ſequeremur qui ius ſuccedendi ex fideicommiſſo ex iure ſucceſsionis inteſtati metiuntur, quandoquidem in capita quoque ſuccederent iſti fratrum filij in bonis patrui ſecundum ſupradictam receptiorem noſtrorum ſententiam, ſed etiam iuxta eam opinionem quam nos veriorem arbitramur, vt ex fideicommiſſo quod plurib. ſub nomine collectiuo relictũ eſt, ſuccedatur ſemper in capita, niſi cũ teſtator aliud voluit, quia nec alij ex fideicõmiſſo vnquã ſuccedere poſſunt, quàm qui ex propria perſona ſuccedunt tanquam vocati & inuitati: quæ res inducit ius ſucceſſionis in capita perinde ac ius repræſentationis inducit ſucceſſionem in ſtirpes. At in propoſita ſpecie cùm de fideicommiſſo contenderetur inter fratrem ſuperſtitem, & fratris prædefuncti filium, quorum vnus erat proximior, alius verò remotior, inanis relinquebatur prior illa clauſula per quam teſtator iuſſerat ſuccedi in ſtirpes, quia nec de illo vnquam diſputari poteſt, an in ſtirpes ſuccedendum ſit, an in capita, niſi cùm de ſucceſſione inter eos contenditur qui pari & æquo ſunt gradu. Cùm enim beneficiũ repræſentationis facit, vt qui remotiores in gradu ſunt, cõcurrãt nihilominus cum proximiore, quis vnquam dixerit aut æquũ putauerit remotiores illos qui exvna perſona plures ſuperſint debere in capita ſuccedere? Ita ſi quidem fieret vt multò plus ferrẽt illi, quàm proximior, à quo in totum excludi ſummo iure deberent, adeóq; plus quàm laturus eſſet ille cuius gradũ repræſentant, quod nimis abſurdum, & iniquum foret. At cùm ij qui ſuccedunt, pari gradu ſunt, nec tamẽ in primo, ſed in remotiore, quòd perſona nulla ſit quæ primum gradum occupet, tum verò quærendum eſt de forma ſucceſſionis, id eſt, an in ſtirpes, an in capita ſuccedi oporteat: quòd vtroque modo ſuccedi nihil vetet pro arbitrio legiſlatoris: in capita quidem quoniam ſuccedunt ſinguli ex propria perſona, vt *in l. 2. §. hæc hereditas De ſuis & legit.* In ſtirpes verò quia præcedit alius gradus qui repræſentationis fictionem commodè admittit. Porrò teſtamento ritè condito non alius legiſlator quærendus eſt, quàm teſtator ipſe, cuius voluntas quælibet, ſi modò iuſta ſit, lex eſt. Cùm igitur teſtator qui proximiores ſolos ad fideicommiſſum inuitauit, idem iuſſerit vt in ſtirpes non in capita ſuccederetur, non aliud is voluiſſe

Digitized by Google

credendus est, quàm vt si contingeret proximiores plures esse in remotiore quidem, sed pari tamen gradu constitutos, eo demùm casu in stirpes succederent, quasi iure repræsentationis, quod nullo proximitatis obstaculo impediretur, at non item si quidam essent proximiores, alij verò remotiores. Tum enim proximiorum causam potiorem omnimodo esse oportere, nec permittendum remotioribus vt succedant iure repræsentationis in stirpes, qui nullomodo possunt succedere, cùm nec vllomodo sint vocati. Siquidem inter eos qui dispari sunt gradu ordo proximitatis necessariò aliquis est: at ius repræsentationis non necessariò est, sed tantùm esse potest, eo nimirũ casu quo vel testator, vel alius quisquis ille sit legislator, ita præceperit: Proximitas & proximitatis paritas in gradu quamuis remotiore, non indiget quidem iure repræsentationis ad succedendum, si modò prioris gradus persona nulla sit quæ proximiorem se possit dicere, sed tamen capax est repræsentationis admittendæ si gradus sit remotior qui ab alio gradu vacuo anteuertatur, cuius repræsentationis non æquè capax esset primus gradus etiamsi à pluribus personis occuparetur. Et hoc certè est quod plerosque fallit existimantes, sufficere ad inducendum necessariò ius repræsentationis cùm testator in stirpes non in capita succedi voluit, vt nulla sit repugnantia ex parte rei quominùs possit induci, nec animaduertentes illud etiam requiri vt testatoris voluntas verbáque illam interpretationem patiantur, cui ex contrario sanè repugnant euidenter, quoties non nisi proximiores substituti proponuntur, satisque esse debet quod aliquo casu possit contingere, vt & proximiores soli admittantur, & ita tamen admittantur, vt succedant in stirpes qui alioqui in capita tantùm succedere deberent. Semper enim laborandum est quantum fieri potest, vt si in eodem, siue testamento, siue contractu plures adsint clausulæ quæ inuicem pugnare, aut saltem minùs conuenire videantur, benigna & accommodata interpretatione concilientur, quod si fieri nulla ratione possit, maiorem tamen posterioris clausulæ quàm prioris potestatem esse necesse est, cùm in testamentis & in contractibus perpetuum illud sit vt posteriora derogent prioribus. Qua etiam ratione defendebam in proposita specie magis attendendum esse quod testator proximiores præferri iusserat, & quidem verbis restrictiuis, & vt loquuntur, modificatiuis per *ita vt*, quàm quod ante præceperat vt in stirpes non in capita succederetur: Admisso etiam eo vt conciliari nullomodo possent hæ clausulæ, quas tamen conciliari posse & quidem commodissimè satis, vt opinor, ostendimus.

ANT.

ANTONII FABRI I.C. SEBVSIANI, SENATORIS SABAVDIENSIS, ET IN GEBENNENSIS DVCATVS AVDITORIO PRAESIDIS,

DE ERROR. PRAGMAT. ET INTERPR. IVR.

DECAS LVI.

ERROR PRIMVS.

De mittendo victore in possessionem bonorum condemnati in executionem rei iudicatæ.

ACCVRSII nostri traditio est, *ad l. à Diuo Pio* 15. *§. si pignora D. de re iudic.* Posse illum qui sententiam aduersus debitorem suum obtinuit, cuius bona numquam antè habuerit obligata (nam de pignoratitio & hypothecario creditore nunc non agimus) quadruplici via & remedio sibi consulere. Primùm ita vt pignora in iudicati executione capta teneat & retineat fructúsque ex iis percipiat, quousque vel imputatione fructuum vel quo alio modo fuerit ei plenissimè satisfactum. Secundò vt ea pignora accipiat sibíque imputet in solutum ex *l. si prædium* 4. *C. de euict.* Tertiò vt licitetur ipse & vice extranei emptoris pignora comparet, *ex l.* 2. *C. si caus. iudic. pign. capt. sit.* Quartò vt si per fraudem & collusionem debitoris, non inueniatur emptor, impetret ille ius dominij, *ex l. vlt. eod. tit. l.* 2. *tot. tit. C. de iur. domin. impetr.* Quam traditionem secuti pragmatici plerique hunc rei gerendæ ordinem seruant, vt incipiat victor à missione in possessionem, impetratis in eam rem literis à iudice cui ius est exequendi iudicatum, *ex l.* 1. *C. si in caus. iudic. pign. capt. sit. l. cùm proponas* 9. *C. de bon. author. iudic. possid.* Nam & interpretibus nostris idem placet, præsertim Alexandro & Iasoni *ad d. §. si pignora*, nisi quòd quatuor remediis supradictis ab Accursio traditis addunt quintum, vt nimirum victor vrgeat venditionem bonorum debitoris. Quod remedium nec Accursius sanè ignorauit, sed consultò prudentérque prætermisit, quia tractabat eum casum, quem & Vlp. *in d. §. si pignora*, quo bona emptorem non inuenirent. Hoc verò ipsum est, quod me primùm mouit vt hanc Accursij cæterorúmque, siue pragmaticorum, siue interpretum traditionem probare numquam potuerim, qui video iudicialis pignoris, id est quod in iudicati executione capitur eam rationem & condicionem

gradu testator sensserit, vt in proposita specie in qua fingimus substitutos expressim fuisse non tantùm eos qui fuerant instituti, sed etiam eorum filios. Nam qui simul & æquè sunt substituti adeóque nominati licèt diuersis nominibus, cur non simul & æquè succedent? alioqui dicendum erit, si quis Titio, Sempronio & Mæuio heredibus institutis, Titio absque liberis morienti substituerit ex fideicommisso, Sempronium Mæuium, & Cornelium, solos Sempronium & Mæuium ex substitutione successuros, non etiam Cornelium quia non fuerit ille cum cæteris nominatus in institutione. Quod tamen absurdum esset dicere, cùm expressio nominis faciat nec dubitari possit quin ad fideicommissum inuitati sint omnes ij, qui nominati fuerunt, etiamsi neque in institutione nominati reperiantur, neque sint in gradu æquè proximo, vt diximus in præcedentibus circa interpretationem *§. in fideicommisso l. omnia 32. aliàs l. cùm ita de legat. 2.* Solúsque ille casus excipiendus est, in quo testator aliquos ex heredibus institutis specialiter inuicem substituerit. Tunc enim licet post omnes institutionis clausulas subiecerit, *cósque omnes eorúmque filios inuicem substituo*: ij tamen non continebuntur inter quos specialis substitutio facta est, neque ipsorum liberi *l. coheredi 41. §. qui patrem de vulg. & pupill. substit.*

ERROR SEPTIMVS.

Circa easdem coniecturas continuata tractatio.

DEMQVE tractari potest circa quartam coniecturam; si filij substituti sint specialiter nomine proprio expresso vel appellatiuo: Nepotes autem non nisi generaliter sub nomine aliquo communi, putà si substituerit *filios & descendentes.* Nam cùm non possit adiecta videri dictio *descendentes* post expressam mentionem filiorum, nisi ad cõprehendendos etiam eos, qui alioquin filiorum appellatione comprehendi non potuissent, an non fiat iniuria nepotibus qui supersunt ex filijs prædefunctis, si cum superstitibus filijs non admittantur? Si enim ad fideicommissum quod familiæ relictum est, etiam remotiores cum proximioribus admittũtur dummodò ad eos voluntatem suam testator extenderit vt scriptum est *in d. §. in fideicommisso.* quanto magis ij admittendi erunt qui pro se habeant & verba testamenti, & beneficium iuris, vt parentis prædefuncti personam repræsentare possint? quare nec desunt ex interpretibus qui contra coniecturam hanc sentiant, admittántque nepotes cum filijs primi gradus quoties testator substituit *filios & descendentes*, inter quos Socin. iun. *cons.* 20. *uu.* 3. *& seqq. vol.* 3. quem refert Mantic. *dict. tit. 9. lib.* 8. *num.* 8. Sanè quod de nepotibus post aui eiusdémque testatoris mortem conceptis tractant interpretes, vt nunquam possint repræsentationis iure succedere, certissimum est, vel ex ipsa interpretum nostrorum distinctione quæ non alijs casibus admittit ius repræsentationis in fideicommisso, quàm quibus haberet locum in successione ab intestato. Certum namque est, nullo iure posse quem ab intestato ei succedere quem nullo sanguinis & cognationis vinculo contingat, cùm successiones omnes intestati non nisi sangui-

Digitized by Google

ſanguinis iure deferantur, eum verò qui poſt alterius mortem non modò editus, ſed etiam conceptus ſit nullo proximitatis gradu ipſum contingere vt ſuprà diximus *ex d.l.Titius 6.ff.de ſuis & legit. l.1. §.ſi quis proximior. ff.vnd.cognat.* Et hoc quoque conſequens videtur ei quod ſcribit Iuriſc.*in dict.§.*in fideicommiſſo admittendos eſſe ad fideicommiſſum familiæ relictum illos, qui fuerunt in familia eo tempore quo teſtator moreretur. vt intelligamus cæteros ſi qui ſuperuenerint ad fideicommiſſum huiuſmodi non pertinere, tanquàm qui non ſint de familia eiuſdem teſtatoris, niſi valdè impropriè, & abuſiuè. Vnde illud etiam eſt quòd ſi ex ijs aliqui medio tempore, id eſt à morte teſtatoris in diem vſque cedentis fideicommiſſi fuerint emancipati, non eo minùs ad fideicommiſſum admitti poſſint *l.peto 69 §.vltim.de legat.2.* An quia etiam poſt emancipationem videantur eſſe adhuc quodammodo de familia, ob id ſolùm quod ſunt de ſanguine & cognatione, vt quidam putant? Minimè: ſed quia vt ex voluntate admitti poſſint, ſufficit fuiſſe illos in familia eo tempore quo teſtator moriebatur, qui ad perſonas, tùm in familia exiſtentes, potiùs quàm ad ius ipſum familiæ reſpexiſſe intelligitur. Nec quod ad fideicommiſſum condicionale admitti poſſunt omnes ij qui tempore condicionis euenientis & ſuperſtites & capaces reperiuntur *l. eum qui poſt 104.de condic.& dem.ad rem facit.* Tunc enim id obtinet, cùm fideicommiſſi verba eam interpretationem patiuntur, quia in diſpoſitionibus condicionalibus, vt iam ſæpiùs diximus, generale eſt vt exiſtentis condicionis, non diſpoſitionis, tempus ſpectetur. At verba non patiuntur, quoties teſtator aut familę ſuę reliquit fideicommiſſum, vt *in d.§.in fideicomm ſſo*, aut proximiores, ſiue expreſſim, ſiue tacitè inuitauit, quomodo inuitatos eos fuiſſe ponendum eſt cùm de repræſentationis iure diſputatur. Quid enim attinet de repræſentatione quærere niſi cùm de proximitatis gradu quærendum eſt. Proximior porrò nec eſſe, nec fieri vnquam poteſt is qui nullo proximitatis gradu defunctum contingit, ſiue ex propria perſona, ſiue per repræſentationem velit ſuccedere, vnde illud etiam eſt, quod à quibuſdam traditum ſupra diximus, & nobis probatur, nullo iure poſſe repræſentationem prætendere illum cuius pater ſuperuixerit teſtatori, quam ſextam eſſe coniecturam retulimus, nec magis cùm de fideicommiſſo tractatur, quàm cùm de ſucceſſione inteſtati. Duo enim exigit repræſentatio, vt habere locum poſſit. Primum eſt quod modò dicebamus, vt aliquo ſanguinis gradu defunctum contingat is, qui per repræſentationem vult admitti. Alterum, vt eo tempore quo paterfamilias moritur, de cuius bonis diſputatur, præcedens gradus de quo repræſentando agitur à nemine occupetur: nam ſi tùm occupatus reperiatur, omnem repræſentationi viam in totum præcludit, & in perpetuum, ſiquidem illud demùm tempus inſpiciendum eſt, vt ſciatur quis proximior, aut quis æquè proximus eſſe vel videri poſſit.

ERROR OCTAVVS.

De proximitate gradus ſpectanda inter plures gradatim vocatos, ſiue ex teſtamento, ſiue ab inteſtato.

T in hanc quoque rem textus elegans & apertus eſt *in d.§.in fideicommiſſo*, vbi diſertè ſcribit Modeſtinus, non ſolùm id quod iam diximus, ad fideicommiſſum familiæ relictum admittendos eos qui in familia fuerunt eo tempore quo

Digitized by Google

teſtator moriebatur,ſed etiam,quod ad rem noſtram magis pertinet, ex iis qui fuerunt in familia eo tempore priùs admittendos illos , qui ſunt gradu proximiores, ne dubitari poſſit quin gradus proximitas æſtimanda ſit ex tẽpore quoque mortis teſtatoris, licèt fideicommiſſum condicionale proponatur,Qualia vix eſt,vt non ſint ea,quæ familiæ relinquuntur.Atquin is qui patrem habet ſuperſtitem tempore mortis teſtatoris, licèt iam tùm ipſe cõceptus & natus ſit,contingit quidem aliquo ſanguinis gradu teſtatorem, ſed non eo qui facere poſsit vt vel proximùs tùm eſſe , vel vnquam fieri poſsit. Fruſtra ergo poſtea certet de repræſentando patre quem repræſentare non potuit eo tempore quo vel proximior vel æquè proximus eſſe aut videri debebat. Quemadmodum nec in ſucceſſione ab inteſtato quicquam prodeſt, fieri quem proximum poſt delatam hereditatem , ſi eius delatæ tempore proximus non fuit,*d.l.2.§.proximum D.de ſuis & legit. hered.* Alioqui ſucceſſio in agnatis induceretur contra iuris veteris rationem,de qua *in §. placebat Inſt.de legit.agnat.ſucceſſ.*Quod ius quamuis à Iuſtiniano emendatum ſit inducta etiam in agnatis ſucceſsione, vt ſcilicet agnato proximo excluſo ab adeunda hereditate ſequens in gradu admitti poſſit, acſi delatæ hereditatis tempore proximior fuiſſet, qui re vera erat remotior, nemo tamen idcirco dixerit,inductum fuiſſe à Iuſtiniano ea conſtitutione ius repræſentationis in fauorem illius quem alius mortis tempore anteuertiſſet. Nihil enim aliud Iuſtinianus conſtituit,niſi vt poſterioris gradus agnati qui mortis tempore fuerant remotiores, poſſint nihilominus poſt excluſos anteriores admitti, & quidem ex proprio iure propriáque perſona tanquam agnati , cùm antea non niſi tanquam cognati admitterentur per prætorem , ex proprio tamen quiſque capite & ex propria perſona.Ergo quamuis admittamus , quod admittendum ſanè eſt,in eo differentem eſſe rationem ſucceſſionis fideicommiſſariæ & legitimæ,ſi meram iuris rationem inſpicias , quòd fideicommiſſaria tractum temporis habere poteſt & ſucceſſionem graduum in tempus vſque condicionis euenientis,non etiam ſucceſſio legitima extra caſum,*d.§. proximum & §.vlt.d l.2.de ſuis & legit.* Poſteaquàm tamen Iuſtiniani conſtitutione hoc ius immutatũ eſt,inductáque in agnatis etiam graduum ſucceſſione,videtur bona vtriuſque ſucceſſionis hac parte comparatio , ſaltem hactenus, vt ſicuti Iuſtinianus inducendo ius illud ſucceſsionis inter agnatos non ideò tamen induxit ius repræſentationis , adeò vt alia opus fuerit conſtitutione ad faciendum vt fratris filius in ſucceſsione patrui defuncti concurrens cum patruo ſuperſtite repræſentare poſſit gradum ſui patris, nec id tamen aliter quàm ſi pater viuo fratre ſuo deceſſerit. *dict. Auth. poſt fratres C.de legit.hered.* Ita neque poſsit quiſquam dicere in ſucceſſione fideicommiſſaria locum eſſe debere repræſentationi in fauorẽ eius quem pater moriente teſtatore anteuerterit ob id ſolùm quod ex cauſa fideicommiſſi poſſint varij eſſe gradus ſuccedendi. Vtrumq; enim ſimul ſtare poteſt, vt & ſuccedendi gradus ſint diuerſi , & tamen ex ſingulis gradibus ſuccedatur iure proprio ac citra ius repræſentationis,niſi eo ſolo caſu quo ius repræſentationis natum fuerit,formatúmque iam inde ab eo tempore quo viueret adhuc is de cuius bonis contenditur. Idque conſequens eſt ei propoſitioni , quæ à nobis ſæpius relata probatáque eſt,per fideicommiſſum ſuccedi teſtatori nõ autem grauato.Facit namque ea res vt in iure ſuccedendi non aliud tempus inſpiciendum ſit quàm quod fuit moriente teſtatore quotics de proximitate

& gra-

& gradu proximitatis quærendum est: Hoc enim addo vt eum casum excludam quo fideicommissum extraneis relictum est, quibus certum est relinqui posse tametsi viuo testatore neque nati fuerint, neque concepti, dummodò in rerum natura fuerint tempore condicionis existentis. Sed is casus ad tractatum nostrum nõ pertinet, cùm de repræsentationis iure quæri nihil possit inter extraneos, sed tantùm inter eos qui testatorem sanguine cõtingunt, si quidem sint ex descendentibus vsque ad infinitum, sin ex transuersalibus non nisi ad filios vsque fratrum. Neque verò negamus posse illos qui repræsentationem allegant succedere ex fideicommisso ex propria persona, proprióque iure, si velint, ac proinde suo ordine. Quomodo succederent si essent omnino extranei, nisi quod illud præterea exigimus, vt concepti sint viuo testatore, quoties fideicommissum iis verbis relictum est, ex quibus appareat noluisse testatorem vt ad fideicommissum extranei admitterentur, id est alij quàm qui vel familia & agnatione, vel cognatione saltem aliqua testatorem contingerent. De posterioribus duabus coniecturis, quoniam maioris momenti & disquisitionis esse videntur, separatim nobis dicendum est.

ERROR NONVS.

Si testator plures substituerit sub nomine collectiuo salua gradus prærogatiua, aut si proximiores.

EX omnibus illis coniecturis, quas suprà retulimus à nostris interpretibus probatas esse circa excludendum ius repræsentationis eo quoque casu quo alioquin iidem interpretes repræsentationi locum esse in fideicommissis volunt, ea meo iudicio certissima est, si testator cùm plures sub nomine collectiuo per fideicommissum substitueret adiecerit hæc verba, *salua gradus prærogatiua*. Nam cùm ea sit potissimùm vis, & potestas repræsentationis quoties ei locus est, vt graduum distinctionem & prærogatiuam tollat, quia facit, vt qui re vera in remotiore gradu constitutus est videatur esse in proximiore, perindéque succedat cum eo qui re vera proximior est, acsi parem gradum teneret, quid obsecro apertius est quàm videre, testatoris qui in fideicommissaria substitutione adiecit verba illa, *salua gradus prærogatiua*, voluntatem illam fuisse, vt nullus non dicam repræsentationi, sed nec quæstioni de repræsentatione locus relinqueretur? Sunt enim ista merè opposita inuicem, directóq; cõtradictoria, succedere aliquos ex fideicommisso per ius repræsentationis, & succedere salua gradus prærogatiua, vt & sonus ipse verborum penè demonstrat, & disertè scriptum est *in Auth. post fratres 1. C. de legit. hered.* vbi ob hanc causam Paulus Castrensis quem alij penè innumeri secuti sunt, motus potissimè ex verbis eius textus, docet nullum posse hoc casu locum esse repræsentationi: videntúrque mihi interpretes in hoc vno peccare, quòd hanc vocant coniecturam, quæ tamen nititur tam apertis verbis testatoris, vt nullus coniecturæ locus relinquatur. Et tamen non desunt ex interpretibus nostris qui hoc quoque casu repræsentationem inducant, quos

refert Antonius Gabrielius, in Cõmunibus Opinionibus. Ratio istorum est, quia per repræsentationem, inquiunt, gradus non corrumpitur, sed repræsentatur. Mira subtilitas si diis placet, Quasi verò inter gradum & gradus prærogatiuam nihil intersit. Fateor non corrumpi gradum per repræsentationem, quoniam qui fuit primus gradus semper primus remanet, itémque posterior semper qui ab initio posterior fuit, quãdiu persona aliqua subsistit quæ priorem gradum occupet. Sed nego fieri posse vt inducatur repræsentatio quin hoc ipso prærogatiua gradus corrumpatur, quæ tota in eo est, vt qui præcedit in gradu, sequentium graduum personas omnes in causa successionis anteuertat, quod tamen ne fiat, impedit repræsentatio. Non potest igitur testator qui fideicommissum relinquit præcipere vt ex fideicommisso succedatur salua gradus prærogatiua, quin hoc ipso apertissimè ius repræsentationis excludat. Quare nec possum probare exceptionem illam, quam addunt ij ipsi qui nobiscum sentiunt, vt coniectura hæc ita debeat intelligi, nisi testator dixerit *Salua gradus prærogatiua & seruato ordine successionis ab intestato vel à iure tradito.* Qua in specie volunt repræsentationi locum esse omnibus illis casibus, quibus etiam ab intestato locus esset vt concludit Didac. Couarr. *cap. 38. pract. quæst. num. 4. vers. 8.* post Dec. *consil. 79. sub num. 1.* quos refert & sequitur illustriss. Francise. Mantic. *lib. 8. de coniect. vlt. volunt. tit. 9. num. 9. in fin.* Implicant enim ista contradictionem vt ex fideicommisso succedatur salua gradus prerogatiua, & seruato ordine successionis ab intestato, præterquàm iis casibus in quibus ab intestato quoque succeditur salua gradus prærogatiua, quod contingit in transuersalium successionibus post fratres fratrúmque filios, nec alio præterea vllo casu. Eadem ferè quæstio, & idem tractatus est, si testator per fideicommissum substituerit expressim proximiores. Etsi enim cùm de causa & successione intestati quæritur, non aliam ob rationem disputamus quis sit proximior, quàm vt sciamus, cui successio deferatur, non ideo tamen quis proximior est, quod succedat, sed ideò succedit quòd proximior sit: nec quemadmodum repræsentatio immutat ius successionis, ita etiam immutare potest ius proximitatis & facere vt qui proximior erat, non sit & remaneat semper proximior. Proinde qui substituit plures siue descendentes, siue agnatos, siue cognatos, subiecta illa qualitate proximiorum, nihil aliud constituisse videri potest, nisi vt verborum compendiò videantur illi substituti salua gradus prerogatiua, cùm non aliunde sumatur prærogatiua gradus quàm ex ordine ac potestate proximitatis: & euidenter aberrant, qui existimant remotiores succedentes per ius repræsentationis cum proximioribus æquè proximos intelligi debere. Succedunt enim illi, non tanquam æquè proximi, sed tanquam proximitatis gradum repræsentantes, qua repræsentatione nullomodo indigerent si re vera remotiores non essent. Cùm ergo sint remotiores, nulla prorsus ratio est, vt ad fideicommissum, quod non nisi proximioribus relictum est, admittantur. Quare nec opus est vt ad eam rationem confugiamus quam adferunt ij qui nobiscum sentiunt, quòd in fideicommissis veritas non fictio consideretur, *ex l. fideicommissum 76. de condit. & demonstr. & Statius Florus 48. §. Cornelio Felici D. de iur. fisc.* Nam qui succedunt solo iure repræsentationis, nec verè, nec fictè sunt æquè proximi, sed eo tantùm gaudent priuilegio, vt non anteuertantur in causa successionis ab iis, à quibus tamen in causa & gradu

gradu proximitatis anteuertuntur: id verò priuilegium habent, non quasi fingantur æquè proximi, sed quia sic constitutum est, vt admitti debeant ad successionem ex gradu defuncti, qui hodie si viueret, haud dubiè tanquam æquè proximus admitteretur, quamuis non tam ipsam defuncti personam, quàm ipsius gradum repræsentare intelligantur, vt diximus in superioribus.

ERROR DECIMVS.

Si testator substituerit proximiores ad quos de iure debet hereditas peruenire. Aut si addiderit vt in stirpes non in capita succedatur.

NON aliud puto respondendum, etiamsi testator substituendo proximiores adiecerit *ad quos de iure hereditas debet peruenire.* Qui casus est de quo consuluit Ias. *cons.* 159. *lib.* 4. *num.* 2. *in fin.* Non enim id perinde haberi debet, acsi simpliciter substituti essent illi ad quos debet hereditas de iure peruenire, Ne alioqui dictio illa *proximiores*, quæ primò ac principaliter adiecta est, frustra & inutiliter, addita videatur, sed ita accipi eam scripturam oportet, vt neque alij ad fideicõmissum inuitati videãtur, quàm qui sint proximiores, neq; rursum ex proximioribus alij quàm qui ius habeant succedẽdi, ne partem cæteris faciant illi qui ad partem ipsi non admittuntur. Quid enim si proximior inueniatur eo tempore deportatus, aut per iuratam renunciationem à succedendo excluſus? Non admittetur ille ad fideicommissum, nec obstabit cæteris non solùm qui sint æquè proximi: sed nec si sint remotiores, quia non proximiores quilibet substituti fuerunt, sed tantùm proximiores in causa succedendi. Cæterùm quo casu proximior aliquis erit qui possit succedere, nũquam ferendum est vt cum eo concurrat alius remotior, etiamsi concursurus alioquin esset per ius repræsentationis in causa successionis ab intestato, quoniam verba testamenti non patiuntur quæ proximiorem disertè vocant, verum autem esse non potest, proximiorem aut ex proximioribus esse illum, quem negari non potest remotiorem esse. Nec ad rem facit quod cum proximioribus admitti possit ad successionem intestati: cùm in casibus quibus iure nostro, siue nouo, siue vetere inductum fuit ius repræsentationis, nõ ampliùs quæratur quis sit proximior simpliciter, sed quis aut proximior aut habens repræsentandi gradum proximiorem. Nam nec iure proximitatis solius tùm succeditur, sed iure proximitatis simul & repræsentationis: Proximitatis quidem ex parte illius, qui ipse ex persona sua proximior est in gradu, nec indiget repræsentatione vt succedat, neque ab alio vllo excludatur: Repræsentationis verò ex parte illius, qui quòd sit in remotiore gradu constitutus, non posset ipse succedere, quinimò à proximiore excluderetur, si non haberet ius repræsentationis, cuius beneficio fiat non quidem æquè proximus, quòd nulla iuris arte fieri potest, sed æquè successor ac si æquè proximus esset: in quo non natura,

Digitized by Google

ſed ſola iuris communis ratio & poteſtas per fictionem violatur. Proximitas etiam hodie conſeruat perinde ac olim, ius ſuccedendi, ſed non parit ſemper ius quod olim pariebat excludendi remotiores, quia poteſtas repræſentationis impedit ex illa parte poteſtatem proximitatis: non quidem tollendo proximitatem in perſona proximioris, quod neque fieri vllomodo poſſet, ſed admittendo remotiorem hactenus non vt excludat proximiorem, at vt concurrat cum proximiore. Ergo cùm ad fideicommiſſum quod proximioribus relictum eſt non alij poſſint admitti, quàm qui ſunt vocati, hoc eſt qui ſunt proximiores, conſequens omnino eſt, vt ius proximitatis in tali fideicommiſſo proſit, non tantùm ad conſeruandum proximioribus ius ſuccedendi ex fideicommiſſo, ſed etiam ad excludendos remotiores omnes & cuiuſcunque ſint gradus, tanquam qui nec vocati ſint, nec pro vocatis etiam per fictionem haberi poſſint ſalua vi & poteſtate verbi quo teſtator vſus eſt ſubſtituendo proximiores: Nil obſtante illo quod adiecerit *ad quos de iure debet hereditas peruenire.* Illa namque adiectio non tollit præcedentem qualitatem ſub qua formaliter fideicommiſſum relictum eſt, adeóque nec illam explicat quaſi proximiores eos omnes teſtator intellexerit ad quos de iure debet hereditas peruenire, ſed tantùm limitat & reſtringit, vt appareat non de aliis proximioribus inuitandis teſtatorem ſenſiſſe, quàm qui etiamſi inuitati non eſſent, ſuccedere tamen iure communi poſſent. Ex quo ſi quis inferat cum Iaſone, Non aliter igitur videri eos inuitatos quàm vt ſuccedant eo ipſo modo quo de iure communi ab inteſtato ſuccederent, is procul dubio errauerit. Aliud enim eſt quærere qui ſuccedant, Aliud verò quærere qualiter ſuccedere debeant qui ſuccedunt, & quomodo. Teſtator in propoſito non alios voluit ſuccedere quàm eos qui eſſent proximiores, excluſis proinde in totum remotioribus etiam illo caſu quo ſuccedere poſſent cum proximioribus, ſi ad ſucceſſionem admitti poſſent. Prius enim eſt vt probent ſe eſſe ex numero vocatorum, quàm vt diſputent quomodo admitti debeãt: Atqui non poteſt fieri vt ſe vocatos probent, quin priùs oſtendant ſe vel proximiores eſſe, vel ſaltem ex proximioribus, quod ipſum tamen facere nunquam poſſint, cùm reuera ſint remotiores, taléſque maneant eo quoque caſu quo per ius repræſentationis concurrunt cum proximioribus ab inteſtato. Fruſtra igitur eſt quærere, an repræſentationis iure poſſint aut debeant ſuccedere illi qui nullomodo ſunt vocati. Sed & quod magis eſt, cùm aliquando ex facto proponeretur quidam poſt inſtitutos ex æquis partibus tres filios, ſingulis per fideicommiſſum ſubſtituiſſe deſcendentes, ídque in ſtirpes non in capita, & deſcendentibus omnibus præmortuis fratres præmorientis, eorúmque poſteros ſimili modo, id eſt in ſtirpes quoque non in capita: ſed ita tamen vt proximiores ſemper præferrentur: Reſpondi poſt extinctos deſcendentes omnes ad ſolum fratrem qui tùm ſupereſſet, non etiam ad præmortui fratris liberos totum fideicommiſſum pertinere, non alia ratione quàm hac ipſa, quòd teſtator expreſſim vocando proximiorem, ius repræſentationis apertè excluſiſſet, cùm negari non poſſet quin fratri ſine liberis defuncto proximior eſſet frater ſuperſtes, quàm filius fratris prædefuncti. Etſi enim præceperat teſtator vt ex huiuſmodi fideicommiſſo ſuccederetur in ſtirpes non in capita, quæ ſucceſſionis forma ſupponit ius repræſentationis, à quo nimirum & originem & perpetuam cauſam ſuam trahit, vt oſtendimus in præcedentibus *ex §. cùm filius & §. vlt. Inſt. de heredit. quæ ab inteſt. defer.*

Digitized by Google

defer. Nihil tamen vetabat vtramque clauſulam ea donari interpretatione, quæ facere poſſet vt ex omni parte voluntas teſtatoris conſeruaretur, id eſt, & ex ea parte qua præceperat vt in ſtirpes non in capita ſuccederetur, & ex qua conſtituerat, vt proximiores præferrentur, nimirum relata reſtrictáque priore clauſula ad eum caſum quo fideicõmiſſum peterent illi qui eſſent æquè proximi & in eodem gradu ſuccedendi, quod in propoſita ſpecie contigiſſet, ſi ante fratrem de cuius bonis tractabatur alij fratres ambo deceſſiſſent, vnus quidem filio vno ſuperſtite, altero autem pluribus liberis relictis, tunc enim dubitari non potuiſſet, quin æquo iure fratrum omnium filij ad fideicommiſſum admitti deberent, cùm eſſent omnes æquè proximi, & in pari gradu conſtituti, ſoláq; dubitatio illa ſupereſſe poterat, an in ſtirpes admitti deberent, quomodo admitterentur ſi ab inteſtato ſuccederent auo, *d. §. cùm filius*, an in capita, quomodo ſuccedere illos hodie patruo debere, magis communiter probatum eſt, inuita licèt Iuriſprudentia, nouellâque Iuſtiniani cõſtitutione 118. *De heredib. ab inteſt. venient.* vt à nobis ſæpius dictum probatúmque eſt: in qua quæſtione fatendum eſſet fratrum filios in capita ſucceſſuros fuiſſe niſi teſtator contrariam ſuccedendi formam verbis teſtamenti præſcripſiſſet: non modò ſi eos interpretes ſequeremur qui ius ſuccedendi ex fideicommiſſo ex iure ſucceſsionis inteſtati metiuntur, quandoquidem in capita quoque ſuccederent iſti fratrum filij in bonis patrui ſecundum ſupradictam receptiorem noſtrorum ſententiam, ſed etiam iuxta eam opinionem quam nos veriorem arbitramur, vt ex fideicommiſſo quod plurib. ſub nomine collectiuo relictũ eſt, ſuccedatur ſemper in capita, niſi cũ teſtator aliud voluit, quia nec alij ex fideicõmiſſo vnquã ſuccedere poſſunt, quàm qui ex propria perſona ſuccedunt tanquam vocati & inuitati: quæ res inducit ius ſucceſſionis in capita perinde ac ius repræſentationis inducit ſucceſſionem in ſtirpes. At in propoſita ſpecie cùm de fideicommiſſo contenderetur inter fratrem ſuperſtitem, & fratris prædefuncti filium, quorum vnus erat proximior, alius verò remotior, inanis relinquebatur prior illa clauſula per quam teſtator iuſſerat ſuccedi in ſtirpes, quia nec de illo vnquam diſputari poteſt, an in ſtirpes ſuccedendum ſit, an in capita, niſi cùm de ſucceſſione inter eos contenditur qui pari & æquo ſunt gradu. Cùm enim beneficiũ repræſentationis facit, vt qui remotiores in gradu ſunt, cõcurrãt nihilominus cum proximiore, quis vnquam dixerit aut æquũ putauerit remotiores illos qui ex vna perſona plures ſuperſint debere in capita ſuccedere? Ita ſi quidem fieret vt multò plus ferrẽt illi, quàm proximior, à quo in totum excludi ſummo iure deberent, adeóq; plus quàm laturus eſſet ille cuius gradũ repræſentant, quod nimis abſurdum, & iniquum foret. At cùm ij qui ſuccedunt, pari gradu ſunt, nec tamẽ in primo, ſed in remotiore, quòd perſona nulla ſit quæ primum gradum occupet, tum verò quærendum eſt de forma ſucceſſionis, id eſt, an in ſtirpes, an in capita ſuccedi oporteat: quòd vtroque modo ſuccedi nihil vetet pro arbitrio legiſlatoris: in capita quidem quoniam ſuccedunt ſinguli ex propria perſona, vt *in l. 2. §. hæc hereditas De ſuis & legit.* In ſtirpes verò quia præcedit alius gradus qui repræſentationis fictionem commodè admittit. Porrò teſtamento ritè condito non alius legiſlator quærendus eſt, quàm teſtator ipſe, cuius voluntas quælibet, ſi modò iuſta ſit, lex eſt. Cùm igitur teſtator qui proximiores ſolos ad fideicommiſſum inuitauit, idem iuſſerit vt in ſtirpes non in capita ſuccederetur, non aliud is voluiſſe

Digitized by Google

ANTONII FABRI I.C. SEBVSIANI, SENATORIS SABAVDIENSIS, ET IN GEBENNENSIS DVCATVS AVDITORIO PRAESIDIS,

DE ERROR. PRAGMAT. ET INTERPR. IVR.

DECAS LVI.

ERROR PRIMVS.

De mittendo victore in possessionem bonorum condemnati in executionem rei iudicatæ.

ACCVRSII nostri traditio est, *ad l. à Diuo Pio 15. §. si pignora D. de re iudic.* Posse illum qui sententiam aduersus debitorem suum obtinuit, cuius bona numquam antè habuerit obligata (nam de pignoratitio & hypothecario creditore nunc non agimus) quadruplici via & remedio sibi consulere. Primùm ita vt pignora in iudicati executione capta teneat & retineat fructúsque ex iis percipiat, quousque vel imputatione fructuum vel quo alio modo fuerit ei plenissimè satisfactum. Secundò vt ea pignora accipiat sibíque imputet in solutum ex *l. si prædium 4. C. de euict.* Tertiò vt licitetur ipse & vice extranei emptoris pignora comparet, *ex l. 2. C. si caus. iudic. pign. capt. fit.* Quartò vt si per fraudem & collusionem debitoris, non inueniatur emptor, impetret ille ius dominij, *ex l. vlt. eod. tit. l. 2. tot. tit. C. de iur. domin. impetr.* Quam traditionem secuti pragmatici plerique hunc rei gerendæ ordinem seruant, vt incipiat victor à missione in possessionem, impetratis in eam rem literis à iudice cui ius est exequendi iudicatum, *ex l. 1. C. si in caus. iudic. pign. capt. fit. l. cùm proponas 9. C. de bon. author. iudic. possid.* Nam & interpretibus nostris idem placet, præsertim Alexandro & Iasoni *ad d. §. si pignora*, nisi quòd quatuor remediis supradictis ab Accursio traditis addunt quintum, vt nimirum victor vrgeat venditionem bonorum debitoris. Quod remedium nec Accursius sanè ignorauit, sed consultò prudentérque prætermisit, quia tractabat eum casum, quem & Vlp. *in d. §. si pignora*, quo bona emptorem non inuenirent. Hoc verò ipsum est, quod me primùm mouit vt hanc Accursij cæterorúmque, siue pragmaticorum, siue interpretum traditionem probare numquam potuerim, qui video iudicialis pignoris, id est quod in iudicati executione capitur eam rationem & condicionem

esse vt non à victore ipso capi debeat, sed à magistratu iudicatum exequente, nec ob id capi vt retineatur à creditore qui sententiam retulit, sed vt mox & incontinenti distrahatur si qua ratione fieri possit vt inueniat emptorem siue extraneum, siue victorem ipsum qui nullo alio emptore existente velit ex officio rem emere in vicem extranei emptoris, vt loquitur *d. l.* 2. *C. si in caus. iudic.* Falsum igitur est quod omnes isti volunt, si emptorem pignora nullum inueniant, id est neque extraneũ, neque victorem ipsum, vice remedij permittendum esse victori vt pignora retineat, cùm nec pignora sint priusquàm capiantur, nec capiantur nisi vt distrahantur: vt proinde præposterum sit, finita spe venditionis redire ad possessionem pignorum quam victor numquam habuerit, absurdũ verò incipi à missione in possessionẽ bonorum debitoris ad ea iure pignoris retinenda, quandiu spes aliqua subest fore vt inueniant emptorem. Nec enim pignus iudiciale constituitur à magistratu qui exequitur iudicatum, nisi ex mera necessitate, quoniam alioquin fieri non posset vt sententia contra inuitum lata etiã cõtra inuitum executioni mãdaretur: si quidẽ is qui pecuniã soluere iussus & condẽnatus est, non nisi periniquè cogi posset, vt vel inuitus ipse vel inuito victori bona in solutũ pro pecunia daret *l. eũ à quo* 16. *& seq. C. de solut. l.* 2. *§. mutui datio in fi. D. de reb. credit.* Ineunda igitur ratio aliqua est, per quam fieri possit vt etiam inuito cõdemnato pecunia explicari possit quæ soluatur creditori vt iudicato tãdẽ satisfiat nec fiant de lite lites *l.* 4. *§. ait prætor D. de re iudic.* Id verò nec aliter, nec melius fieri potest quàm per distractionem bonorum debitoris, quæ credibile est inuentura emptorem, præsertim cùm eam distractionem necesse sit fieri sollenniter & sub hasta per publicam auctionem & licitationem, adeóque præsenti pecunia *d. l. à Diuo Pio* 15. *§. si post addictum D. de re iudic.* Vt sit in potestate cuiuslibet accedere ad venditionem, tantóque facilius & carius bona vendi possint quanto plures erunt licitatores, *l. ait prætor* 7. *§. quæsitum D. de minor.* Porrò prius est vt debitoris bona obligentur creditori, quàm vt eo postulante & vrgente distrahi possint: Alioqui quonam obsecro iure distraherentur? Atqui ponimus numquam fuisse illa obligata, nec nisi de chirographario creditore tractamus, cui certum est neq; per sententiam ius vllum pignoris acquiri, cùm actio ex iudicato sit tota in personã, nec priuilegium habeat taciti pignoris, *l. actori* 8. *C. de reb. credit.* Necesse igitur est in executione iudicati constitui pignora per capionem, ita vt & capiendo constituantur, & constituendo capiantur: necesse, inquam, non ad hoc vt cautum sit victori, quomodo contingit in pignore conuentionali (nec enim cautione vlla amplius indiget, sed tantùm executione is qui debitorem suum habet iam condẽnatum) sed ad hoc solùm vt ipsi satisfiat, statímque iudicato pareatur: Inde nimirum est quod initium capiendorum in iudicati executione pignorum ab ipso magistratu proficisci necessariò semper oportet, & ex eius authoritate fieri quod victor per seipsum facere citra vim non posset *l. miles* 16. *§. qui iudicati D. de re iudic. & d. l. à Diuo Pio* 15. *§.* 1. *& pass. eod.* Inde etiam quod non aliam ob causam, nec alio fine capiuntur à magistratu hæc pignora, quàm vt ex publica eorum venditione precium redigatur, quod in iudicati causam conuerti possit, vt quod debetur in pecunia, æquè in pecunia soluatur, atque ita contingat debitori condemnato liberatio, quæ non nisi solutione eius quod debetur posset contingere. Ex quo illud quoque fit vt quibus iuris nostri

locis

Digitized by Google

locis tractatur de captis aut capiendis pro iudicato pignoribus; tractetur etiam de iisdem distrahendis,& quidem mox,vt loquitur Vlpianus *in dict.lege à Diuo Pio §. in venditione*, id est statim & incontinenti non ex interuallo, quod Accursius noster non intellexit qui ad eum locum adfert quasi simile quod de bonis debitoris certo tempore transacto distrahendis scriptum est *in dict. l. cùm proponas 9.Co.de bon.author.iudic.possid.* vbi tamen sicut & in toto illo titulo agitur non de iudiciali,sed de prætorio pignore,cuius alia ratio est,vt postea dicemus.

ERROR SECVNDVS.

De sententia l.1.2.& 3.C.si in caus.iudic.pign.capt.sit l.ordo 3.C.de exec.rei iudic.

SIC *in d.l.1.Co.si in caus.iudic.pign.capt.sit, pignoris iure*, inquit lex, *teneri ac distrahi posse*, vt intelligamus simul ista procedere, quòd ob causam iudicati bona debitoris condemnati & iure pignoris tenentur, & distrahuntur. Qui tamen locus potissimùm videtur interpretes nostros fefellisse. Quod enim lex ait *pignoris iure teneri* sic acceperunt, acsi scriptum esset *iure pignoris retineri & quidem per creditorem*, cùm è contrario nihil aliud sibi velit Imperator,quàm quod suprà diximus, capta ex magistratus authoritate bona debitoris exinde obligata esse iure pignoris, & tanquam obligata posse distrahi,sed per magistratum non per creditorem, idque etiamsi à creditore non possideantur. Non enim ait Imperator creditorem posse tenere hæc pignora, tantùm abest vt dicat posse illum ea retinere, sed hoc tantùm, bona pignoris iure ac vinculo teneri, quæ locutio ius & potestatem obligationis in rebus debitoris constitutæ demonstrat non etiam creditoris detentionem aut possessionem.Rursum quod lex addit *ac destrahi*, sic ab ijsdem interpretibus acceptum est quasi scriptum esset *aut distrahi*, vt aliud & secundum remedium inducant per quod victori consulatur, cùm tamen sit apertissimum coniungi ab Imperatore hæc duo,vt ostendat remedium per quod victori ab initio consulendum est in executione iudicati non aliud esse, quàm vt pignora per capionem constituta subinde distrahantur, tanquam pignore non alium ob finem constituto, sic *in l.2.eod.titu. Cùm in causa iudicati aliqua res pignori capitur, per officium eius qui ita decernit, venumdari solet non per eum qui iudicatum fieri postulauit.* Sic denique *in l.vltim.eod. In causa iudicati pignera ex authoritate Præsidis capta potiùs distrahi,quàm iure dominij possideri consueuerunt.* Quibus verbis significat Imperator pignora in executione iudicati capta, vel possideri à victore non posse, vel dominij iure possideri debere: Non ergo iure pignoris vt & interpretes & pragmatici volunt.Sed omnium apertissimus in hanc rem textus est *in l.ordo 3.Cod.de execut.rei iudic.* vbi disertè scribunt Imperatores,ita demum in possessionem pignorum mittendum esse à præside creditorem qui iudicati executionem vrget, si appareat res quæ pignori datæ sunt,diu subhastatas ex compacto siue ambitione condemnati emptorem inuenire non potuisse. Quid enim potuit scribi apertiùs vt intelligeremus missionem in possessionem non primum vt vult Accursius,sed extremum esse remedium quo creditori possit consuli ad iudicatum exequendum e necpriùs de mittendo creditore in possessionem bonorum debitoris quæri oportere, quàm cer-

Digitized by Google

tum esse cœperit distrahi rem nullomodo posse, nullo se offerente emptore? Quid verò aliud est quòd ea lex ait, mittendum esse hoc casu creditorem in possessionem, vt vel hoc remedio res tamdiu protracta ad effectum perducatur (hæc ipsa enim sunt legis verba) nisi illud ipsum, quod scriptum est *in dicta lege vltim. Cod. si in caus. iudic. pign. capt. fit.* Si per calliditatem condemnati emptor inueniri non possit, tunc dominium creditori addici solere: Alioqui per missionem illam in possessionem non ad effectum res iudicata perduceretur, at potiùs executio inchoaretur, si non ad alium finem ea fieret quàm vt pignora iure pignorum possiderentur. Idem quoque tradit Vlpianus *in dict. §. si pignora*, vbi addit hanc addictionem fieri non pro rata debiti & ad concurrentem vsque valoris pignoris quantitatem, vt malè quosdam interpretari video, sed pro ea vtique quantitate quæ debetur, ita vt non possit creditor in quantitatem certam pignora tenere, & superfluum petere. Videtur enim creditor, vt Vlpianus ait, veluti pacto transegisse de credito, qui contentus fuit pignora in creditum possidere. Nec verendum est vt iniuria vel debitor afficiatur, vel creditor si pignus vel pluris sit, vel minoris; cùm imputare debeat sibi debitor qui nec pecuniam offert, nec inuenit emptorem, maximè verò si quid ab eo factum sit per ambitionem, & calliditatem, creditor vero cur non ipse emerit quod etiam minore precio facere potuisset in vicem extranei emptoris *dicta l. 2. Codic. si in caus. iudic. pign. capt. fit.* Nec enim cogitur vnquam creditor contentus esse captis pignoribus, sed si non sufficiant, quod ex eorum demum venditione sciri potest, alia capi possunt & debent quousque iudicato satisfiat *dict. l. à Diuo Pio §. in venditione, & §. si rerum.* Alioqui non videretur creditor velut pacto transegisse de credito etiamsi pignora in creditum possideret, si vel inuitus cogeretur ijs pignoribus contentus esse, cùm ex eo quod fit necessitate iuris non possit capi vlla voluntatis coniectura, vt ius suum remittere quis voluisse videatur *arg. l. 3. D. de separat.* Nec minùs malè idem Accursius & cæteri inter alia remedia per quæ consuli possit victori illud adferunt vt accipiat pignus in solutum *ex l. si prædium 4. Cod. de euict.* Quærimus enim quo remedio consuli possit creditori etiam inuito debitore condemnato cùm emptor pignoris non inuenitur, Datio autem in solutum contractus est qui non nisi ex voluntate debitoris fieri potest, quique venditionis vicem obtinet, ita vt ex ea causa si prædium quod datum fuerat in solutum postea euincatur, actio de euictione creditori qui accepit accommodari debeat contra debitorem qui dedit *d. l. si prædium*. Simile aliud remedium illud est quod interpretes Accursio semper duce tribuunt creditori, vt licitetur ipse & emat, siue alius emptor nullus sit, siue alius quidem sit, sed qui non satis dignum precium offerat *ex dicta l 2. Cod. si in caus. iudic. pign. capt. fit.* Nam neque hoc casu remedio vllo indiget creditor qui emendo per se pignus non minùs indemnitatem consequitur, quàm si extraneus aliquis emptor inueniretur. Nos autem cum Vlpiano *in d. §. si pignora*, eum casum tractamus quo emptor nullus sit, neque extraneus, neque ipse creditor: nam nec inuitus creditor emere cogitur, vt neque alius quilibet *l. nec emere 17. Co. de iur. delib.* Solum igitur remedium illud creditori superest cùm emptor nullus inuenitur vt addicantur

ei

Digitized by Google

ei pignora, id est vt in eorum possessionem mittatur & illa sibi possidere iubeatur *d. §. si pignora d. l. vlt. C. si in caus. iudic. d. l. 3. C. de execut. rei iudic.* Sed quis effectus sit huius addictionis, & an semper eodem modo fiat, quoniam hoc quoque ab interpretibus nostris non minùs quàm à pragmaticis ignorari video, latiùs explicandum est.

ERROR TERTIVS.

De pignorum addictione, & adiudicatione, ex iuris veteris ratione.

QVOD à nobis suprà dictum est, quoties pignora quæ in iudicati executione capta sunt, non inueniunt emptorem remedium illud vnicũ victori superesse, vt mittatur in possessionem pignorum ipsique pignora addicantur, verissimum quidem est, & apertè scriptum *in dicta l. à Duo Pio. 15. §. si pignora D. de re iudic. & in l. 3. C. de exec. rei iudic.* Sed quò modo accipiendum hoc sit, & quænam huiusmodi addictionis potestas esse possit, non æquè certum est. Aliter enim atque aliter de eo responsum à prudentibus, & rescriptum ab Imperatoribus videtur: quæ res non tantùm dubitandi, sed etiam errandi causam & interpretibus & pragmaticis nostris dedit. Vlpianus *in d. §. si pignora*, simpliciter scribit, Si pignora quæ capta sunt emptorem non inueniant, rescriptum esse ab Imperatoribus Seuero, & Antonino, debere illa addici ei cui quis condemnatus est, & quidem vtique, id est, omnimodo pro ea quantitate quæ debetur, hoc est siue plus, siue minus, quàm quanti pignus est, debeatur: Nam si creditor, inquit, maluerit pignora in creditum possidere iisque contentus esse, rescriptum est non posse illum quod amplius sibi debetur, petere, quia velut pacto transegisse de credito videtur, qui pro credito contentus fuit pignora possidere, nec fieri posse vt in quantitatem certam pignora retineat, & superfluum debiti petat. Imperatores verò *in d. l. 3. paullò aliter*, Si res pignori datæ diu subhastatæ non potuerint emptorem inuenire, siue ex compacto, id est ex dolo composito & præmeditato, siue per ambitionem & amicorum copiam condemnati, mittendum esse victorem in possessionem, vt tandiu protracta executio rei iudicatæ ad effectum perducatur. In quo verò aliter Imperatores, aliter Vlpianus? An in eo quod nullam addictionis mentionem faciunt, quam Vlpian. requirit? Minimè. Contextus enim Vlpiani ostendit addictionem hanc non alio modo fieri, quàm per missionem in possessionem, Iubente magistratu vt victor in possessionem pignorum mittatur, eáque sibi possideat in creditum, & retineat. Sed in eo quod exigunt Imperatores, vt per condemnati, siue calliditatem, siue ambitionem fiat, ne pignorum emptor inueniatur, quod Vlpianus sanè non requirit: neque verò necessarium id videtur. Quid enim, si neque dolus, neque ambitio condemnati probetur? An ideò victor omni remedio destituetur, ne iudicati executionem vrgere possit, suúmque consequi? Atquin apertissimum est iudicati executionem fieri non tam odio victi, quàm fauore victoris, & quòd interest reipublicæ non manere illusorias res iudicatas,

l. si prætor 75. D. de iudic. l. seruo 65. §. cùm prætor D. ad SC. Trebell. Neque nouum est vt condemnatus perquirat emptorem bona fide, nec tamen inueniat, neque rursum aliam vllam habeat explicandæ pecuniæ rationem *l. si dubitet 10. D. de fideiuss. Auth. hoc nisi debitor C. de solut.* quod cùm euenit non eo minùs æquum est prospici modis omnibus, vt & victori & rei iudicatæ satisfiat: præsertim cùm non alia exequendi iudicati ratio comparata sit in eos qui vltrò confessi sunt se debere ne improbam litem suscipere cogerentur, quàm in litigatores improbos & perfidos qui condemnari quàm debitum fateri & agnoscere maluerunt *l. 1. l. certum 6. §. vlt. D. de confess.* Videtur autem cum Imperatoribus magis quàm cum Vlpiano consentire quod Imp. Gordianus rescripsit *in l. vlt. C. si in caus. iudic. pign. capt. fit.* In causa iudicati pignora ex authoritate præsidis capta distrahi quidem potiùs quàm dominij iure possideri consueuisse, sed si tamen per calliditatem condemnati emptor inueniri non possit, tunc authoritate Principis dominiũ creditori addic. solere. Idipsum enim exigit Gordianus, quod Diocletianus & Maximianus, vt interueniat calliditas condemnati: & quamquam de pignorum addictione loquitur: de qua etiam Vlpianus, in hoc ipso tamen dissentit ab Vlpiano, quod & de dominio addicendo tractat, & in eam rem exigit authoritatem Principis, cùm tamen Vlpianus de possessione tantùm loquatur non de dominio, nec requirat interuentum authoritatis Principis in ea re quam solius magistratus iudicatum exequentis imperio expediri posse putat. Hinc nimirum præceps errandi occasio interpretibus & pragmaticis existimantibus nec melius nec aliter posse ista conciliari, quàm si pignoris addictionem separent ab adiudicatione, Addictionem intelligentes eam per quam fiat vt creditor pignora teneat & possideat iure pignoris, de qua Vlpianum sensisse volunt, Adiudicationem verò illam per quam addicitur non possessio, sed dominium pignorum vt ea creditor possideat non tam pignoris quàm dominij iure, nec quasi creditor, sed quasi dominus. Ex qua differentia illam quoque inferunt, quod simplici addictione facta pignorum vt ea creditor teneat iure pignoris, non dubitant quin quosquos & quotquot ex iis fructus perceperit, creditor teneatur postmodum imputare sibi in sortem tanquam alius pignoratitius creditor quilibet, vtpote quasi ex re aliena, nec dominij sed pignoris iure perceptos ex *l. 1. 2. & pass. C. de pignor. act.* At facta pignorum adiudicatione, aut quod effectu idem est, dominij addictione, fatentur creditoris lucro cedere fructus omnes, quippe quos ex re iam sua, nec ampliùs aliena perceperit. Et inde quoque fieri volunt, vt ad solam possessionem pignoris addicendam sufficiat potestas magistratus qui exequitur iudicatum, nec requiratur authoritas Principis, quæ tamen requiritur quoties de dominio addicendo, quod maioris momenti est, disputatur. Sed & illud rursum, vt cùm fit simplex addictio pignorum ad illa iure crediti potiùs quàm dominij possidenda, non nisi pro rata debiti eam fieri oporteat, Cùm verò pignus adiudicatur creditori per absolutam addictionem dominij, non ita debiti mensura perpendatur. Postremò, vt procliuis omnibus est lapsus erroris in errorem, parum interesse arbitrantur an dicamus, Dominium pignoris addici creditori, An verò ius dominij impetrari, quasi sint ista synonima, nec nisi verborum sono differentia, quòd vtroque casu fiat creditor ex creditore dominus, & Principis authoritatem necessariò interuenire oporteat *l. 2. C. de iur. domin. impetr.* Itaque solent in hanc rem adferre quod scriptum est *in tit. illo C. de iur. domin. impetr.*

Digitized by Google

impetr. acsi esset ille vnus ex iis modis quib. fieri possit executio iudicati. Quæ traditio cùm nõ plura contineat verba quàm errata, in totũ à nobis confutãda est, sed illud imprimis quod aiũt de pignoris adiudicatione. Inauditũ enim est nomen hoc, neq; vllo ex iis locis quos tractamus, aut à prudentibus aut ab Imperatoribus vsurpatum: Nã de addicendis tantùm pignoribus omnes locuti sunt, nõ etiã de adiudicandis, & verò cùm adiudicatio fuerit iã olim vnus ex modis illis sex per quos trãsferebatur dominiũ iure Quiritiũ vt Vlpianus refert in Fragmẽtis, *Tit. 19. De acquisit. rer.* quid obsecro attineret tractare de pignorib. addicẽdis, siue de possessionis, siue de dominij addictione loqueremur, itémq; de Principis authoritate in eam rẽ imploranda, denique de iure dominij per tot ambages & circuitus impetrãdo, si pignoris adiudicatio fieri vllo casu posset? An non esset multò expeditius, adeoq; creditori vtilius & cõmodius, adiudicari pignus quàm vel addici, vel dominij ius impetrari? Quod verò idem interpretes duplicem faciunt addictionem pignorũ, vnam solius possessionis, alteram dominij æquè alienum est à sensu prudentum & Imperatorum, qui nullibi sic loquuntur vt dicant addici possessionem pignorum, sed pignora ipsa, vel quod idẽ est res pignori datas, licèt addãt eam esse vim huiusmodi addictionis vt exinde possit creditor pignora in creditũ possidere.

ERROR QVARTVS.

De duplici pignorum addictione.

ILLVD sanè fatendum est, quod interpretes fefellit duplicem esse addictionem, vnam quæ fit ex authoritate magistratus iudicatum exequentis, de qua *in d. §. si pignora*, alteram quæ fit ex authoritate & rescripto Principis, de qua *in d. l. 3. C. de exec. rei iudic. & in d. l. vlt. C. si in caus. iudic. pign. capt. fit.* Vtrique tamen commune illud est vt fiat per missionem in possessionẽ, eáque missio ex magistratus authoritate, sed cum hac differentia quàm ex interpretib. nemo vidit, quod per addictionem pignorum à solo magistratu factam non interueniente Principis authoritate dominium bonitarium dũtaxat acquiritur creditori, non etiam quiritiarium, quæ duo genera dominij fuerunt olim, manserúntque ad constitutionem vsque Iustiniani, *in l. vnic. C. de nud. iur. Quirit. tollend.* vt constat ex Vlpiano *in dict. tit. 19. de acquisit. rer. in fragment.* Et quamuis ea dominiorum distinctio sublata sit hodie per Iustin. *in d. l. vnic.* necessariò tamen retinenda est quoties in prudentum responsis, & anteriorum Imperatorum rescriptis interpretandis versamur. Dominium bonitarium, vt iam sæpius alibi scripsimus acquirebatur olim variis modis sed inter cæteros, cùm quis à prætore vel alio magistratu ita mittebatur in possessionem alicuius rei vt eam sibi possidere iuberetur, quomodo eueniebat in causa damni infecti si is cuius ædes ruinam minarentur perseueraret non cauere etiam post missum vicinum in possessionem ex primo decreto: Tunc enim iubebatur vicinus secundo prætoris decreto eas ædes non tantùm custodiæ & excitandi tædij causa vt antea, sed sibi & animo domini possidere, quæ res faciebat eum dominum sed bonitarium duntaxat, id est hactenus vt ædes illas haberet in bonis suis, nec tamen priùs fieret dominus quiritiarius, id est iure Quiritium, quàm ipsas vsucepisset, *l. 5. l. si finita 15. §.*

Digitized by Google

Iulianus, vbi est textus elegans,& qui sine hac duplicis dominij distinctione intelligi nullomodo posset *D.de damn. infect.* Nec dissimile quiddam est in *l.2.§.vlt.D.si ex noxal.caus.agat.* Et ratio iuris huius illa erat, quòd neque prætor,neque alius vllus magistratus poterat facere dominum quiritiarium,quia nec poterat facere legem, cùm lex vnus esset ex iis sex modis quibus dominium iure Quiritium acquirebatur *§.quos autem Inst.de bonor.poss.* iunct. *§.vlt. Inst.de hered.qualit. & differ.* Magistratus autem quisquis ille est, licèt sit viua vox legis & iuris ciuilis , *l.nam & ipsum* 8.*D.de instit. & iur.* Attamen neque lex est,neque legem facere potest. Solus Princeps eam potestatem habet ex lege regia, *l.1. D.de constit.Princip.* quoniam supra leges est cùm sit supra populum qui solus legis condendæ habuerat antea potestatem,*§.lex est Inst.de iur.natur.gent.& ciuil.* Ideóque necessaria fuit olim authoritas Principis,quoties creditor dominium pignoris sibi addici postulabat,vt *in d.l. vlt. C.si in caus.iudic.* Dominium,inquam,quiritiarium, de quo semper intelligendæ sunt leges omnes quæ de dominio simpliciter & absolutè loquuntur. Nam cùm de bonitario intelligunt, rem in bonis haberi dicunt non in dominio,& eum qui tantùm rem in bonis habet, quasi nec dominus sit, domino semper opponunt,*d.l.2.§.vlt.si ex noxal. caus. agat.l. quamuis* 75.*de iur. dot.l.3.D.si vsusfr.pet.*iunct.*l.facta* 63.*in princip. D.ad S.C.Trebell.l.1.D.de bon.o. poss.*iunct.*§ quos autem Inst.eod. tit.* Nec eo minùs tamen verum est eum qui rem in bonis habet esse dominum , neque possessionis duntaxat,vt scripsit Cuiacius *ad d.l.1.* sed etiam rei cuius possessionem nanciscitur à Prætore. Possessionis enim ideò fit mentio tùm maximè cùm agitur de dominio bonitario,quia non sicut lex dominium plerumque transfert sine possessione, vt in hereditatibus & legatis cernere est,*l.legatum* 80.*de leg.2.l.cùm heredes* 23. *D.de acquir.poss.l.2.D.de publician.in rem act.* Ita & prætor aut alius quisquam magistratus dominium transferre vnquam potest,quin priùs transferat possessionem,vt neque iure gentium transferuntur dominia ex contractibus nisi per traditionem , *§.per traditionem Inst.de rer.diuis.l.quæ ratione* 10.*§.hæ quoque res D.de acquir.rer. domin.* Quid autem differt si ius gentium inspicias,an quis rem habeat in bonis,an in dominio? Nihil penitus:& ideò solemus dicere actionem in rem & vindicationem non tantùm ei dari qui dominus sit iure ciuili , sed illi etiam qui dominus sit iure gentium , *l.in rem* 23 *D.de rei vindic.* quia & ei competit qui rem in bonis tantùm habet non minùs quàm si haberet in dominio quiritiario, *l.rem in bonis* 51.*de acquir.rer.domin.* Quinimò si in re vindicanda concurrat dominus bonitarius cum quiritiario , præferẽdus est bonitarius,vt scribit Vlp. *in dict.tit.*19.*de acquis.rer.* & constat *ex l.doce* 9.*C.de rei vindic.* Quę omnia eò spectãt,vt intelligamus res pignori captas in executione iudicati,quas nullo existente emptore,prætor aut alius magistratus exequens iudicatum addicit victori , iubendo vt eas ille sibi in creditum possideat,vsque adeò fieri in bonis eius qui iudicati executionem vrget vt non possit dici quod tamen interpretes nostri putant , debere illum fructus reddere aut in creditum imputare quos ex iis rebus subinde perceperit, tanquam ex re aliena perceptos : cùm possit quilibet eam rem suam verè dicere quam in bonis habeat,cuius etiam vindicandæ ius habet, *l.Quintus* 27. *§. argento D.de aur.& arg.leg.* iunct.*d.l.doce , & d. l.rem in bonis.* Vnde illud etiam fit,vt quamuis res aliena pignori dari non possit ignorante domino,*l.1. & tot tit.C.si alien.res pignor.dat. sit.* sufficiat tamen creditori agenti hypothecaria v

probet

probet rem sibi datam pignori, in bonis fuisse debitoris eo tempore quo conueniebat de pignore, *l. & quæ nondum* 15. *§. quod dicitur* iunct. *l. 3. in princip. D. de p gnor. l. ante omnia* 23. *D. de probat.* Nec vsquam proditum est, eum qui rem tantùm in bonis habeat & bonitarius solùm sit dominus, cogendum exigere consensum domini quiritiarij ad rem illam obligandam, non magis quàm ad fructus percipiendos, suósque in plenum faciendos, quia fructus rei est vel pignori dare licere *l. vlt. D. de vsur.* nec dominus quiritiarius bonitarium quominùs suo iure vtatur prohibere potest, *d. l. doce* & apud Vlp. *d. tit.* 19. Cùm enim Prætoris sit in vrbe, in prouinciis verò Præsidum qui omnium magistratuum vrbanorum vice ac partibus funguntur, actiones litigaturis dare vel denegare: Numquam illi haud dubiè dabunt actionem domino quiritiario, aduersus eum quem ipsi constituerint dominum bonitarium, quippe quem pro vero domino in omnibus habent, *d. l. l. 2. & 3. de bonor. poss. d. l. facta, & l. ita tamen* 27. *§. qui ex Trebelliano D. ad S C. Trebell. l. patri* 27. *§. 1. de minor. l. si filius* 12. *D. de interrog. in iur. fac. l. necessarius* 57. *D. de acquir. hered.*

ERROR QVINTVS.

De differentia addictionis pignorum & dationis in solutum.

ET verò si admittendum esset quod interpretes volunt, eum cui Prætor pignora addixit in executione iudicati vt ea sibi in creditum possideret, non nisi ius pignoris in iis bonis habere quousque adiudicationem siue dominij impetrationem à Principe meruerit, an non fieret consequens vt interim totum debitum petere creditor posset? Nam nec aliter posset fructus à se perceptos in sortẽ debiti imputare, quod interpretes volunt, quàm si debitum superesset. Quandiu autem supereſt, quidni peti etiam potest? Atqui de superfluo tantùm Vlpianus loquitur *in d. §. si pignora*, cùm negat creditorem qui addictis sibi pignorib. contentus fuit, nihil amplius petere posse. Non ergo dubitat, quin creditor habeat in bonis pignora sibi addicta, & consequenter in dominio bonitario, vt proinde fructus quos ex iis percipere poterit suos facere debeat, non minùs quàm si ea pignora non modò in creditum possideret, sed etiam in solutum accepisset, quo vtiq; casu dubitandum non esset quin eorũ dominium haberet, nec tantùm bonitarium, sed etiam Quiritiarium, cùm datio in solutum sit modus habilis ad transferendum per traditionem dominium etiam iure Quiritium, perinde ac venditio cuius instar obtinet *d. l. 4. C. de euict. l. sin aliam* 46. *D. de solut.* Hoc enim vnum plus est in datione in solutum quàm in addictione pignorum, quod illa tribuit dominium Quiritiarium, hæc verò non nisi bonitarium, nempe quoniam illa fit ab eo qui ipse dominus est etiam iure Quiritium, hæc verò à magistratu iudicatum exequente qui nec dominus est, nec dominium quiritiarium transferre potest. Non quia non habeat (nam nec habet bonitarium quod tamen transfert) sed quia non potest facere legem, nec tantam potestatem habere quantam lex, cuius est, dominium illud plenissimum iure Quiritium transferre. Cæterùm non minùs addictione pignorũ, quàm datione in

ſolutum confundi ius pignoris fatendum eſt quod per dominij cuiuſlibet acquiſitionem confunditur, *l.pen.§.vlt.de except.rei iudic.* Non enim magis fieri poteſt, vt quis pignori teneat eam rem quam in bonis ſuis habet, quàm vt eam cuius ſit dominus iure Quiritium, *vulg. l. neque pignus* 45. *de reg. iur.* cùm non in bonis noſtris ſit, ſed ex alienis quod pignoris titulo poſſidemus *l.pignori* 13. *D.de vſucap.* Quod ſi ius pignoris extinguitur ſuperueniente dominio bonitario, quid obſecro ſupereſt quod facere poſſit vt fructus ex pignoribus addictis perceptos creditor vel reſtituere debeat condemnato, vel in ſortem imputare? Neque enim dominium bonitariũ videri poteſt acquiſitum victori qui antea fuit creditor, quin hoc ipſo debitum pro ſoluto habeatur, non eiuſdem confuſionis ſed quaſi ſolutionis poteſtate. Et huc nimirum pertinet quod ſcriptum eſt *in l.1. C. ſi in cauſ. iudic.pign.capt.ſit.* In vicem iuſtæ obligationis ſuccedere authoritatem iubẽtis, quod vulgo noſtri ſic efferunt, vt dicant factum iudicis eſſe factum partis, *ex l.ſi ob cauſam* 13. *C. de euict.* vt nimirum iuſta obligatio debiti ex iudicato diſſoluatur per addictionem pignorum quæ fit ex authoritate magiſtratus iudicatum exequentis, nõ minùs quàm ſi debitum à condemnato ſolueretur. At non etiam vt nihil interſit, an magiſtratus addicat pignora, an creditor det illa in ſolutum. Intereſt enim quàm maximè, nec in eo tantùm quod pertinet ad dominij quiritiarij tranſlationem, ſed in hoc etiam, quòd per dationem in ſolutum factam pro ea ſumma quæ ex iudicato deberetur, tota obligatio extingueretur ipſo iure, haud aliter quàm ſi tantũdem in pecunia ſolutũ eſſet, tametſi multò minoris fuiſſent pignora, neque indigeret debitor vlla pacti taciti exceptione, quia etiam aliud pro alio volenti creditori ſolui poteſt, & æquè hoc caſu pleniſſima cõtingit ipſo iure liberatio *l.manifeſti* 17. *cum l.præced. C. de ſolut. l.ſi non ſortem* 26. *§.ſi centum D. de condict. indeb.* At per addictionẽ pignorum, quæ creditor ſibi in creditum poſſidere iuſſus eſt, non liberatur debitor ipſo iure niſi in cã vſq; quantitatẽ quæ iuſto pignorũ valori reſpondeat: ita vt non eo minùs poſſet creditor ſuperfluum petere, niſi obſtaret ei tacitum pactum de non petẽdo, & authoritas reſcripti Imperatorum, cuius mentio ſit *in d.§.ſi pignora*, & cuius maximè poteſtate ſit vt nihil amplius petere creditor poſſit. Quid.n. neceſſe eſſet dicere, videri creditorem tacitè conueniſſe de non petendo credito, quomodo loquitur Vlp. *in d.§.ſi pignora*, ſi per addictionem pignorum, etiam quæ minoris eſſent, tota obligatio tolleretur ipſo iure?

ERROR SEXTVS.

De poteſtate addictionis pignorum ex iure nouo.

SI vera ſunt vt ſunt proculdubio, quę cõtra interpretũ & pragmaticorũ noſtrorũ errorẽ ex ratione iuris veteris proximè diſputauimus: conſequens ſanè eſt tantò grauiùs errare pragmaticos & ipſos quoque interpretes, qui non animaduertunt plus iuris hodie habere creditorem cui magiſtratus in executione iudicati addixit pignora, quàm haberet olim. Nam ſi iam ipſis Vlpiani temporibus ita ius erat, vt creditor cui pignora erant addicta, haberet illa in bonis, nec proinde cogeretur fructus ex iis perceptos imputare in ſortem, quantò minùs hodie ferendum eſt quod iſti volunt:

volunt,vt eam fructuum imputationem etiamnum pati cogatur creditor,cùm iure nouo aucta sit potestas addictionis ? Ita verò esse vt plus iuris hodie creditor habeat, quàm olim habuerit, quod nemo ante hunc diem, vt arbitror obseruauit, non difficile est intelligere, ex ijs quæ iam diximus, si alia iungas quæ hoc capite dicemus, Addictionis quæ per magistratum fiebat in executione iudicati potestas olim illa erat vt res pignori captas faceret in bonis creditoris eiusdémque victoris, atque ita tribueret ei dominium bonitarium,at non etiam quiritiarium vt ostendimus. Indéque nimirum fiebat, quod etiam monuimus, vt minor esset potestas huius addictionis, quàm dationis in solutum, nec tantùm quod ad translationem dominij quiritiarij, sed etiam quod pertineret ad extinguendam ipso iure totius debiti & iudicati obligationem, si plus esset in debito, quàm in addictorum pignorum æstimatione. At non idem erat, cùm addictio fiebat ex authoritate Principis cùm eo casu dubitari non posset quin dominium plenissimum, id est non tantùm bonitarium, sed etiam quiritiarium in creditorem transferretur *l. vltima C. si in caus. iudic. pign. capt. sit.* Et ob hanc quoque causam non passim hoc remedium implorabatur, vt ex Principis authoritate fieret addictio, cùm ius commune & authoritas magistratus posset sufficere *arg. l. imperatores 30. ff. de reb. auth. iudic. possid.* sed ita demum si per calliditatem, & ambitionem condemnati, factum constaret, vt pignotum emptor inueniri non potuisset, vt in specie *dict. l. vltim.* Eo siquidem casu exigere res videbatur constantius remedium,vt loquuntur Impp. *in l. 3. Cod. de exec. rei iudic.* id est non, vt quidam interpretantur, promptius, sed efficacius & perfectius. Quod & postrema illa eiusdem legis verba significant *vt vel hoc remedio res tamdiu prot actа ad effectum perducatur.* Nec enim videtur omnino & plenissimè perducta res ad suum effectum, quandiu dominium quiritiarium pignorum addictorum remanet penes debitorem : quod contingit etiam post factam addictionem si solius magistratus authoritas intercessit cùm eiusmodi addictio solùm faciat vt exinde res incipiat esse in bonis victoris, quousque per longum tempus ab eo possessa fuerit & vsucapta vt per eam vsucapionem plenissimum dominium, id est etiam quiritiarium victori acquiratur, vt & *in l. 5. l si finita 15. §. Julianus D. de damn. infect.* Dominij enim bonitarij acquisitio id tantum commune habet cum acquisitione quiritiarij quod iustam eius vsucapiendi causam præbet. Itaque cùm in specie *dictæ l. 3. Cod. de execut. rei iudic.* ex facto proponeretur res pignori datas in executione iudicati nullum emptorem inuenire, siue ex compacto, siue per gratiam & ambitionem condemnati, non dubito, quin quod Imperatoribus rescriptum est in possessionem earum rerum mittendum esse creditorem, sic accipi debeat, vt per eiusmodi missionem dominium addicatur plenissimè creditori etiam Quiritiarium, cùm in ea specie creditor authoritatem Principũ imploraſſet, nec dubitari possit quin eam potestatem Princeps habeat, vt tam facilè dominium quiritiarium ex iusta causa transferat, quàm prætor bonitarium : cùm non modò facere legem possit, sed etiam sit supra leges. Ita ergo ex authoritate Principis addicto pignorum dominio tantundem iuris habebat in re pignorata creditor, quantum si data fuissent in solutum, perindéque debitor ipso iure liberabatur ab vniuerso debito, acsi totum in pecunia soluisset tanquam conuersis pignoribus in causam iudicati. Hodie verò idem contingere dico, etiamsi

ex solius magistratus authoritate facta sit addictio, & siue condemnati calliditas & ambitio aliqua interuenerit, siue nulla. An quòd vlla in eam rem extet constitutio Iustiniani, aut alterius Imperatoris? Minimè. Et hoc nimirum est quod interpretibus & pragmaticis nostris imposuit, ne ius istud nouum videre aut suspicari potuerint, qui veteris rationem & potestatem penitus ignorabant. Sed quia sustulit Iustinianus *in lege vnica Codic. de nud. iur. Quirit. tollend.* distinctionem illam duplicis dominij bonitarij & quiritiarij, non quidem tollendo ius & nomen dominij quiritiarij, sed abrogato nomine bonitarij & aucto eius iure, vt quisquis posthac in ea causa erit, vt dominium bonitarium fuisset ille olim acquisiturus, acquirat hodie plenissimum & quiritiarium, ita ne quo vnquam casu possit quis nudum habere ius dominij quiritiarij, id est quin habeat quoque rem in bonis, quæ ratio, vt dixi, tollit quidem dominij bonitarij nomen, sed ita tamen vt ius ipsius augeat. Quare nec sic conceptus est titulus legis Iustinianeæ *De iure Quiritium tollendo*, aut, *De dominio iuris Quiritium tollendo*, sed *de nudo iure Quiritium tollendo*, vt appareat non dominium quiritiarium sublatum esse, quod est sempérque fuit verum dominium, si modò sit plenum, at nudum illud à quo bonitarium seiunctum erat, & quod à bonitario separatum nihil nisi ludibrium videbatur antiquæ subtilitatis vt Iustinianus loquitur *in dicta lege vnica*. Itaque transfundit Iustinianus nomen & ius dominij bonitarij in nomen & ius dominij quiritiarij, sed pleni, non vt quisquis habiturus olim fuisset nudum dominium quiritiarium, hodie habeat etiam bonitarium, sed contrà vt quisquis bonitarium solum habere posset inspecta iuris veteris ratione, habeat hodie pro bonitario dominium quiritiarium non nudum sed simplex, plenum, & absolutum. Cùm igitur ita olim ius esset, vt per pignorum addictionem solius magistratus authoritate factam res captæ pignori fierent in bonis victoris, sed ita tamen, vt bonitarium duntaxat dominium, non etiam quiritiarium ei acquireretur, indéque necessariò fieret, vt nudum dominium Quiritiarium penes debitorem condemnatum supereſſet, dico, post sublatum hodie à Iustiniano nudum illud ius dominij quiritiarij, necessitatem iuris omnino facere vt creditor cui magistratus solus hodie addixit pignora, non tantùm bonitarius dominus fiat, sed etiam quiritiarius, & illud ipsum ius nanciscatur, quod acquirebat olim is cui ex authoritate Principis dominium pignoris plenissimum addicebatur: Alioqui fatendum erit supereſſe hoc casu nudum ius dominij Quiritiarij, perinde ac olim in persona debitoris condemnati, quod tamen Iustinianus sublatum in totum voluit. Idémque esse arbitror in specie illa de qua *in dicta l. si finita* 15. *§. Iulianus D. de damn. infect.* cùm is qui ex primo decreto missus est à Prætore in possessionem ædium ex causa damni infecti ad extorquendam tædio possessionis cautionem, si duretur non caueri, iubetur ex secundo decreto sibi possidere. Nam cùm non acquireret olim ex secundo illo decreto nisi dominium bonitarium, quousque per subsecutam vsucapionem acquisitū esset quiritiarium, hodie fatendum est pro bonitario quiritiarium acquiri, neque necessariam esse in eam rem vsucapionem, quæ iure vetere erat necessaria *d. §. Iulianus & l. prætoris* 5. *eod. tit.* Denique omnibus omnino casibus quibus ita ius erat, vt non nisi bonitarium dominium acquiri posset

vt

vt in l.2.§.vlt.D.si ex noxal. cauſ. agat. l. facta 63. in princip. D. ad SC. Trebell. & aliis quàm plurimis, admittendum neceſſariò eſt vel acquiri hodie Quiritiarium, quod nos adfirmamus, vel ſi bonitarium dominium ſupereſt, etiam nudum dominium iuris Quiritium ſupereſſe, quod tamen Iuſtiniani conſtitutio admittere non poteſt. Excipienda eſt cauſa dotis, ex qua cùm maritus olim acquireret dominium bonitarium ita vt quiritiarium ſolum penes mulierem ſupereſſet *l. quamuis 75. D. de iur. dot. l. doce 9. C. de rei vindic.* Iuſtinianus ipſe peruertendo, vt ſolet, fauore mulierum totam nec minùs ſuam, quàm veterem Iuriſprudentiam, conſtituit *in l. in rebus 30. C. de iur. dot.* vt verum & plenum dotis dominium etiam conſtante matrimonio ſit mulieris, dominium autem quod eo tempore penes maritum eſſe negare non potuit, non niſi ciuile ac fictitium eſſe intelligatur, de quo alibi ſcripſimus.

ERROR SEPTIMVS.

De impetratione iuris dominij.

ADDICTIONI dominij pignorũ, quæ fit in executione iudicati, finitima eſt impetratio dominij, de qua *in tit. C. de iur. domin. impetr.* & adeò finitima vt interpretes noſtri hæc ſi non nomina, ſaltem iura, quaſi vnum & idem quiddam ſit, confundere videantur. Vtrumque enim auxilium acquirit dominium pignorum creditori, & in vtroque caſu neceſſaria eſt authoritas Principis, ſi inſpicias ius vetus quo ita obtinebat, ſicuti diximus in præcedentibus, vt ſi Principis authoritas non interueniret, addictio pignorum facta ex authoritate ſolius magiſtratus iudicatum exequentis, faceret duntaxat rem in bonis creditoris, nec ei dominium acquireret niſi bonitarium: In quo maximè differebat ab impetratione dominij per quam ſanè dominium pleniſſimum iure Quiritium acquirebatur. Cæterùm tam in addictione plẽni & abſoluti dominij pignorum, quàm in iure dominij impetrando neceſſariam fuiſſe Principis authoritatem, conſtat apertiſſimè ex *l. vlt. C. ſi in cauſ. iudic. pign. capt. ſit. l. 2. C. de iur. domin. impetr.* Mihi verò vel ex ipſa nominum diuerſitate perſpicuum eſſe videtur, quantùm iſta & in quo inter ſe differant, Addicere dominium, & impetrare. Addicit magiſtratus ſiue ex ſua, ſiue ex Principis authoritate, & addicit creditori *d. l. vlt.* Impetrat verò creditor ipſe non magiſtratus, nec à magiſtratu, ſed à Principe. Addictio fit ſolo imperio magiſtratus iudicatum exequentis, nec in eam rem ambagibus vllis aut dilationibus opus eſt, tanquam cuius auxilio & remedio non priùs locus ſit, quàm mora longa per debitorem facta fuerit, non tantùm ſolutioni, ſed etiam publicæ pignorum venditioni *d. l. vlt. & l. ordo 3. C. de exec. rei iudic.* At impetratio dominij, neque fiebat olim niſi per magnos longóſque anfractus & circuitus, neque fit hodie vt cõſtat ex *l. vlt. C. de iur. domin. impetr.* Quam ob cauſam rariſſimus nunc vſus eſt tam

incommodi & importuni remedij, Tametsi nulla posterior constitutio sit, quæ legem illam Iustiniani abrogauerit, vt scripsimus in nostro Codice, an non enim stultus olim fuisset creditor qui plenum pignoris dominium quod per addictionem sibi à magistratu faciendam ex authoritate Principis, statim sibi comparare poterat, maluisset per tot circuitus à Principe impetrare? An non verò stultior esset hodie, qui huius impetrationis moras à Iustiniano inductas expectare mallet, quàm addictione pignorum à solo magistratu facienda contentus esse, per quam plenissimum dominium æquè consecuturus esset, etiam non implorata Principis authoritate, tanquam quæ hodie nullomodo sit in eam rem necessaria, secundum ea quæ disputauimus in superioribus. Erroris interpretum causa illa fuit, quod addictionis & impetrationis effectum solum, non etiam vtriusque causam & originem, quæ potissimùm attendenda erat, considerarunt. Effectus enim vtriusque remedij prorsus idem est in plenissimo pignoris dominio creditori acquirendo, sed causa & origo planè diuersa: Subiectum quoque circa quod versatur vtrumque remedium omnino dissimile. Addictio enim pignorum, causam & originem sumit à necessitate iudicati exequendi, quod cùm & necessariò exequendum sit ob publicam vtilitatem, tuendámque rerum iudicatarum authoritatem, & non aliter executionem habere possit quæ per victorem petitur, quàm si & pignora in iudicati executione capiantur, & ex captorum distractione precium redigatur quod in iudicati causam conuerti possit, Distractio autem pignorum nulla fieri possit cùm emptor nullus inuenitur, necessariò fit consequens vt ad pignorum addictionem tanquam ad vnicum & extremum remedium sit recurrendum. Eamque addictionem necesse sit fieri à magistratu iudicatum exequente: ne alioqui alienum sit ab eius dignitate si cogatur debitoris condemnati voluntatem & consensum exquirere ad danda pignora in solutum, cùm executionem iudicati non minùs oporteat fieri in debitorem inuitum, quàm iudicium in eum quoque inuitum reddi necesse fuit *l. inter Stipulantem* 83. *§. 1. de verb. oblig. l. si longis* 7. *C. de exec. rei iudic.* Neque rursum fieri potest, vt creditor qui executionem iudicati vrget, impetret dominium pignorum, non dico à magistratu qui concedere ipse non posset, sed neque à Principe, tametsi impetrationis auxilium eligere creditor malit, quoniam prius est vt quis pignus habeat, quàm vt eius dominium impetrare possit: Verum autem est creditorem non habere pignora quæ capiuntur in executione iudicati, quia non creditori ipsi dantur qui postulat executionem iudicati, sed magistratui qui exequitur iudicatum: Ideóque non tam dari quàm capi dicuntur, siquidem etiamsi à condemnato non darentur perinde tamen caperentur, A quo autem? An à creditore ipso? Minimè. Vim námque faceret, si ipse caperet *l miles* 6. *§. qui iudicati D. de re iudic.* Ergo à magistratu. Vnde & hanc pignorum capionem pragmatici nostri apposito licèt barbaro vocabulo appellant leuationem & reductionem ad manus Curiæ, vt significent ea pignora non à creditore, sed à Curia, & vt etiam loquuntur, à iustitia ipsa possideri, & teneri. Quonam igitur casu, inquies, dominium pignorum impetrare potest creditor? Eo nimirum, quo habet pignora, quorum dominium impetrari possit. Id verò contingit in pignore conuentionali, de quo nominatim loquuntur leges omnes quæ sunt sub illo *tit. C. de iur. domin. impetr.* Non enim negari potest quin creditor pignoratitius habeat pignus, nec tantùm ius ipsum pignoris, quod

quod habet etiam ille qui simpliciter conuenit de pignore, quem magis propriè creditorem hypothecarium appellamus, sed ipsius quoque rei obligatæ possessionem, siquidem propriè pignus dicitur cuius possessio transit ad creditorem, *l. si rem 9. §. propriè l. cùm & sortis 35. §. 1. D. de pignor. act.* solum ergo superest ius dominij quod impetrare possit & debeat, si id malit, quàm pignoris distractionem publicam vrgere. Quamquam nec hodie aliter fieri potest hæc impetratio, quàm si constet venditionem pignorum peragi non posse, vt ex iis apparet quæ Iustinianus sanxit, *in d. l. vlt. C. de iur. domin. impetr.*

ERROR OCTAVVS.

De differentia pignoris iudicialis & prætorij, maximè circa addictionem. Ad l. si & iure 10. D. qui potior. in pignor. hab.

CONFVNDVNT plerumque interpretes, & pragmatici nostri non quidem nomina, sed iura pignoris prætorij & pignoris iudicialis, quasi inter ea vel nihil penitus, vel parum intersit. Nos differentias pleraſque obseruauimus, de quibus iam scripsimus & in libris nostris Coniecturarum, & in prioribus Decadibus. Sed addemus nunc aliam quæ non parui momenti est, circa pignorum addictionem, vt appareat tam differre hac parte pignus prætorium à iudiciali, quàm differt vtrumque à conuentionali. Pignus iudiciale de quo hucusque diximus illud esse cõstat, quod capitur in executione iudicati. Prætorium verò quod cõstituitur per Prætorem ante sententiam misso creditore in possessionem bonorum debitoris latitantis quem nemo defendit: sic dictum, non quòd in eo Prætoris authoritas interueniat, (Nam & similiter interuenit in pignore iudiciali) sed quia cõstituitur ex prætoris edicto, & iure ordinario, *l. 3. C. vt in poss. legat.* cùm pignus iudiciale in iudicati executione capiatur extra ordinem *l. si pignora 54. D. de euict.* vt benè Cuiacius noster docuit *lib. 5. Obser. cap. 30.* Atque hæc quidem vna est ex differentiis quæ sunt inter pignus prætorium, & iudiciale. Sed potissima, & quæ ad rem nostram magis pertinet illa est, quod pignus prætorium incipit à missione in possessionẽ *l. non est mirum 26. §. 1. D. de pignor. act. l. missio 12. D. pro emptor. l. 3. §. 1. D. de reb. eor. qui sub tutel. l. 1. & 2. C. de prætor. pignor. l. qui legati 5. C. vt in posse. leg.at.* Pignus verò iudiciale desinit in missionem in possessionem, & ab ea finem accipit, *l. 3. C. de exec. rei iudic.* Pignus prætorium datur à magistratu & accipitur à creditore, *d. l. qui legati.* Iudiciale verò capitur à magistratu, nec ideò vt detur creditori, sed vt distrahatur, & pecunia in iudicati causam conuertatur: ex quo illud etiam fit, quod Cuiacius non prætermisit, vt missus in possessionem à prætore dicatur occupare pignus prætorium *l. 2. & l. cùm rempublicã C. qui potior. in pignor. hab.* Illud verò quod ex causa iudicati constituitur per officium capiatur, & distrahatur non etiam occupetur ab eo secundum quem iudicatum est, *l. 2. C. si in caus. iudic. pign. capt. sit.* Quod tamen non sic accipiendũ est, quasi liceat creditori occupare propria authoritate bona sui debitoris mittendo seipsum in eorum possessionem ad constituendum pignus prætorium (perindeenim hic vim faceret, acsi in executione iudicati res debitoris per seipsum occuparet *l. miles 6. §. qui iudicati D. de re iudic.* tantóque magis

quanto fauorabilior est causa creditoris post sententiam quàm ante)sed ita debet id accipi, vt creditor qui ex edicto prætoris mortui missus est in possessionem à Prætore viuo,possit exinde occupare bona debitoris iure pignoris prætorij,quod non similiter fieri posset constituto pignore iudiciali.Nam nec post captum pignus in executione iudicati potest creditor illud occupare,siue vt ipse distrahat, siue vt pignoris iure id retineat,nempe quia nullum ideò pignus habet sed magistratus qui cepit ad exequendum iudicatum.Nec possum probare quod vult Cuiacius pignus iudiciale constitui in personam creditoris,ad differentiam pignoris prætorij, quod dicitur constitui in rem, *l.cùm vnus*,12. *D.de reb.author.iud.c.possid.* Nam quod scriptum est,*in l.si & iure* 10. *D.qui potior.in pign.hab.* qua vna vir doctissimus mouetur, ex illis verbis, *in cuius persona pignus constitutum est*,ad pignus conuentionale pertinet non ad iudiciale,verúsque legis illius sensus est ille quem Fornerius tradidit 2.*select. cap.*7. Creditorem pignoratitium qui cõuentione pignoris sibi prospexerat, adeóque ipsius heredem licèt nihil ipse conuenerit de pignore, nec vllũ ius habere videatur nisi ex quo heres fuit,potiorem esse illo qui posterior à prætore pignus prætorium acceperit, idque priuilegio temporis,hoc est eo ipso iure communi quo alij cuilibet posteriori creditori pignus conuentionale habenti præferretur. Dubitandi enim ratio erat, quod maior videatur esse debere authoritas & potestas edicti & prætoriæ iurisdictionis,ex qua pignus prætorium descendit, quàm priuatæ vllius conuentionis, ne alioqui facilè accidat vt ob anteriorem aliquam priuati pignoris conuentionem eiusmodi missiones in possessionem ex edicto prætoris factæ, sint inanes & illusoriæ quod à prætoris dignitate ac imperio alienum videtur, *l.si prætor* 75. *D. de iudic.l.vlt. D. ne quid in loc. public.* maximè verò si creditori prætorium pignus habenti res fit non cum creditore pignoratitio conuentionali,sed cum ipsius herede qui non nisi post contractum pignus prætorium in conuentionali successerit.Sed decidendi ratio est, quia prætoris beneficium nemini debet esse captiosum *l.Paulus notat.8.D.de præt. stipulat.* nec debet authoritas edicti damno adficere creditorem,qui sibi diligenter prospexerat, *l.* 3.*D.de separat.* & consequenter nec eius heredem qui eodem iure vtitur. Et verò absurdum est quærere,An in iudiciali pignore potior sit is cuius nomine priùs captum est pignus ex causa iudicati,cùm fieri non possit, vt quod vnius nomine captum est ab eo magistratu cui capiendi ius fuit, iterum alterius nomine capiatur, siquidem secundam quoque capionem ab eodem magistratu fieri necesse esset:Alioqui non ab eo fieret,cui faciendi ius esset, atque ita eundem magistratum contraria & pugnantia statuere oporteret, neque rursum ideò tantùm capitur pignus vt cautum sit creditori pro quo iam iudicatum est, sed vt distrahatur,& ex precio satisfieri possit victori qui iudicati executionẽ postulat,& consequenter ex eo tempore affecta est res quæ pignori capitur, ne postea iterum capi vnquam possit, quod pragmatici quoque nostri admittunt vulgari illo brocardico, *cas sur cas*, & *saisie sur saisie n'ha point de lieu*, nec proinde fieri potest vt huiusmodi pignora in executione iudicati capiantur vnius nomine, & alterius nomine distrahantur. Vna enim tantùm executio est duabus tamen constans partibus capione,& distractione, quam executionem si diuidas,non dũas facies,sed nullam. Et hanc nostram interpretationem illud mirificè confirmat, quod Vlpianus non nisi de vno loquitur pro quo & iure iudicatum sit, & pignus in causa iudicati captum

fuerit.

fuerit: Cùm tamen ponendum neceſſariò eſſet plures eſſe huius generis creditores ſi de illorum concurſu quæreretur. Item quod nihil attinebat tractare de herede illius in cuius perſona pignus conſtitutum eſſet, ſi de pignore iudiciali, ea verba intelligi poſſent, debebátque Vlpianus ita potiùs ſcribere, *in cuius perſona pignus conſtitutum priùs eſt*, vt appareret tractari de duobus creditoribus quorum par in omnibus & æqualis cauſa eſſet, niſi quod alius prior tempore, alius poſterior inueniretur. At opponit Vlpianus eum pro quo & iudicatum & pignus captum eſt, ei in cuius perſona pignus conſtitutum fuit, non eum pro quo priore facta eſt executio iudicati ei pro quo poſteriore, nimirum quia fieri nequit, vt res quæ ex cauſa iudicati ſemel pignori capta eſt, poſtea pignori detur, quomodo è contrario ſit plerunque vt bona quæ per expreſſam conuentionem ſiue ſpecialiter, ſiue generaliter data ſunt pignori, etiam in executionem iudicanti capiantur poſtulante illo qui nullum adhuc ius pignoris habeat in bonis condemnati, quod cùm euenit, potior cauſa eſt eius qui habet ius anterius pignoris conuentionalis, non vt poſsit impedire quominùs eadem res pignori capiatur in executione iudicati & diſtrahatur, ſed hactenus vt ex precio pignoris vendi priùs ei ſatisfiat, nec antè ius ſui pignoris cogatur dimittere quàm fuerit ei ſatisfactum, *d.l. à Diuo Pio §. quod ſi res D. de re iudic.* Singulari quidem fauore ac priuilegio executionis rerum iudicatarum, cùm regulare ſit, vt anterior creditor, nec priùs nec aliter poſsit inquietari in ſuo pignore, quàm ſi poſterior ſibi conſulat per ius offerendi, vt ſcriptum eſt in eodem §. & *in l. 1. l. prior* 5. *C. qui po ior in pignor. hab.* Sed illo tamen rationis colore, quòd non creditor ipſe pro quo iudicatum eſt, pignus capit, ſed magiſtratus, licèt nomine priuati creditoris, magiſtratum autem cogi offerre abſurdum eſſet, cùm interſit eius quatenus magiſtratus eſt, adeóque reipublicæ, vt quod ſiue ab ipſo, ſiue ab alio quem iudicem dederat iudicatum fuit, mãdetur executioni. Sufficitque anteriori pignoratitio creditori quòd nulla ei per captionem & diſtractionem pignoris iudicialis fiat iniuria, cùm pecuniam ſibi debitam prior conſequatur. Quemadmodum autem poteſt fieri vt pignus conuentionale anterius cõcurrat in eandem rem cum pignore iudiciali poſteriore, ita &, vt pignus prætorium conſtitutum ſit in ea re, quæ poſtea in executione iudicati capiatur pignori: quo caſu æquè certum eſt potiorem eſſe cauſam pignoris prætorij tanquam anterioris, vt in ſpecie *d.l. 2 C. qui pot. in pignor. hab.* haud aliter quàm ſi ſecundus creditor chirographarius tantùm eſſet, non etiam pignoratitius, vt *in l. 3. eod. l. 2. in fin. D. eod.* At iudicialis pignoris ea in contrarium ratio & condicio eſt vt poſtquàm ſemel captum fuit nullum aliud pignus poſsit admittere, neque conuentionale, quoniam in eo non tantùm priuati creditoris vtilitas, ſed etiam magiſtratus authoritas offenderetur, qui pignus ipſe cepit ad exequendum iudicatum.

ERROR NONVS.

De prætorio pignore conſtituto in executione iudicati.

ILLVD tamen obseruandum est quod pauci obseruant, etiam in executione iudicati posse pignus prętorium cōstitui, misso scilicet victore in possessionem bonorum debitoris iudicati seruādi causa, quomodo loquitur Imp. *in d.l.cùm rempublicam 3.Co.qui potior.in pign.hab.* Quid enim refert ad prętorium pignus cōstituendum, an ex iudicato, an ex qua alia causa debeatur? An ergo perinde dicendum erit, nihil referre, an ex causa iudicati captum sit pignus iudiciale, an constitutum prętorium? Imò intererit quàm maximè, nec minùs, quàm si ante sententiā pignus prętorium constitutum esset: habet enim hoc quoque pignus prætorium naturam suam, nec ideò existimandū est in victoris potestate esse, an in executione iudicati pignus prętoriū contrahi malit, quàm iudiciale. Non enim ex eius arbitrio id pendet, sed ex mera necessitate iuris, vt scilicet tùm demùm contrahi possit & cōstitui pignus prętorium ex causa iudicati, cùm pignus iudiciale capi non potest: quod non alio casu contingit quàm quo victus latitat, ne secum peragi executio iudicati possit, quæ sine eo peragi nullomodo potest. Neque enim statim ac sententia lata est proceditur ad capionem & distractionem pignorum, sed iussum præcedere oportet soluēdi intra certum tempus quod sufficere pro condemnati facultate videatur. Tum si intra diem vel ab initio datum vel ex iusta causa postea prorogatum non soluatur, capiuntur pignora vt vendantur, nec tamen statim vendantur, sed ita si intra duos menses non soluat condemnatus: vt apertè scriptum est *in l.debitoribus 31.ff.de rei iudic.* quorum omnium nihil est quod fieri possit condēnato latitante post sententiam. Necessitas igitur iuris facit vt hoc quoque casu perinde confugiendum sit ad remedium pignoris prętorij, & incipiendum à missione & possessione pignorum, ne alioqui nulla superst ratio prospiciendi creditori, cuius tamen causam non ob id deteriorem fieri conuenit, quòd vicerit *l.3 ff.de vsu.l.euidenter 16.ff.de except.rei iudic.* Cæterùm etiā cùm ex causa iudicati pignus prætorium constitutum est, eædem sollennitates ad eius distractionem seruandæ sunt, quæ in alio quolibet prætorio pignore distrahendo seruarentur, perindéque incipit illud vt cætera prætoria pignora à missione in possessionem, & desinit in venditionem. Quid igitur si pignus prætorium non inueniat emptorem? An addicendum erit victori vt illud possideat sibi in creditum, acsi de pignore iudiciali ageretur? Ita putat Castrensis *ad d.§.si pignora.* Ratione illa quam proximè attulimus, quod non debeat melior esse condicio eius qui nondum obtinuit sententiam, quàm eius qui iam obtinuit: (quærimus enim de prætorio pignore generaliter, cuius regulariter vsus est ante sententiam, & contra eum qui quoniam latitat, condemnari non potest.) Is verò qui obtinuit cogatur pignus accipere pro debito si emptor nullus inueniatur. Sed ego neque sententiam, neque rationem hanc probo, ac quod magis est, neque puto fieri posse vt prætorium pignus etiam volenti creditori addicatur, quod etiam inuito si iudiciale esset addiceretur, Nempe quoniam addicere non alius potest, quàm magistratus, nec rursum magistratus alia pignora quàm quæ ipse ceperit. Quo enim iure addiceret creditori pignus quod ipse magistratus non teneret? Quare nec vllo iuris loco proditum est pignus conuentionale posse addici creditori, quinimò generaliter scriptum video *in l.pro debito 6. C.de bon.auth.iudic.possid.* Non iure postulare creditores vt sibi pro debito bona debitoris addicātur: Qui tamen locus, vt & totus ille titulus adprætorium pignus maximè pertinet, quod cōstitui diximus per missionē in possessionem

Digitized by Google

l. non est mirum 26. §. 1. *D. de pignor. act.* Nec placet illa nostrorum interpretatio, qui eam legem sic intelligunt quasi sensus sit, non esse incipiendum ab addictione pignorum, sed tamen si non satisfiat addici tandem debitoris bona creditori pro debito posse. Numquam enim de pignoris addictione tractari potest, nisi cùm de pignore iudiciali agitur, quia nec necesse est, cùm alia sit ratio cõsulendi creditoribus siue pignus conuentionale habeant siue prætorium, nimirum per impetrationem dominij implorata in eam rem Principis authoritate *l.* 1. 2. & 3. *Cod. de iur. domin. impetr.* Nam qui non solùm ius pignoris habet, sed etiam rem ipsam pignori obligatam tenet ac possidet, quidni etiam ius dominij impetrare possit? At capto pignore iudiciali in executione iudicati non potest eo impetrationis remedio consuli creditori, qui licèt ius pignoris habeat in re capta, quia eius nomine capta est, id est non quasi ex eius mandato, nec quasi ipse per magistratus ministerium pignus ceperit, sed ad ipsius commodum & vtilitatem *dict. l.* 2. *Co. qui potior. in pign. hab. d. l. à Diuo Pio* §. *si rerum D. de re iudic.* Rem tamen ipsam pignori captam non tenet nec possidet: vt proinde non nisi stultè ac ridiculè tractare possit de iure dominij impetrando, qui necdum possessionem habeat, sine qua non magis Princeps quàm prætor solet dominium tribuere *l.* 3. *ff. si vsufr. pet.* Illud igitur auxilium & remedium vnicum supereſt, vt prætor aut alius magistratus exequens iudicatum, addicat pignus victori si emptor nullus inueniatur, non mittendo eum in possessionem quomodo si de prętorio pignore constituendo ageretur, sed iubendo eum sibi possidere pignus, atque ita faciendo ipsum non modò possessorem, sed etiam dominum bonitarium, vt docuimus in præcedentibus, quæ res necessitatem tollit impetrandi à Principe dominij, quippe quod iam creditor habeat, nisi fortè quatenus velit creditor fieri dominus etiam iure Quiritium: quo tamen casu non magis impetratio dominij necessaria est, sufficiente scilicet in eam rem addictione dummodò fiat ex authoritate Principis, iure scilicet vetere inspecto, de quo *in l. vlt. C. si in caus. iudic. pign. capt. fit.* hodie siquidem sublato nudo iure dominij quiritiarij sufficit factam esse addictionem ex solius magistratus authoritate vt pleniſſimum dominium victori acquiratur, tantóque minùs necessaria dominij impetratio est.

ERROR DECIMVS.

De differentia pignoris prætorij & iudicialis ad l. 2. C. de prætor. pignor.

ET ad hanc pignoris prætorij & iudicialis differentiam videtur Iustinianus noster respexisse *in l. 2. C. de prætor. pignor.* cùm duplex genus hypothecarum constituit, vnum quod ex conuentionibus & pactis hominum nascitur, aliud, inquit, quod à iudicibus datur & prætorium nuncupatur: nulla iudicialis pignoris addita mentione, An quia non sit illud æquè pignus? Imò esse leges omnes clamant, an potiùs quòd iudiciale pignus sub appellatione prætorij contineri possit, vt nos aliquándo existimabamus? Ne hoc quidem. Quomodo enim contineretur cùm in tam multis, adeóque ferè in omnibus differant? Sed quia pignus iudiciale non datur à prætore vt prętorium sed capitur: Prętorium contrà non capitur à prætore sed datur, hoc ipso quod prætor mittit creditorem in possessionem omnium bonorum debitoris, vnde est quod dicimus prætorium pignus non priùs constitui quàm ventum sit in possessionem *d. l. non est*

mirum 26.§.1.de pignor.act. Sed & res quæ pignori capiuntur in executione iudicati, dantur à debitore, sed non creditori at magistratui à quo capiuntur, ideóque cùm de pignore iudiciali agimus, promiscuè dicimus res pignori datas & captas *l.1.2.& 3.Cod.si in caus.iudic.pign.capt.sit.* Etsi frequentius est vt captæ dicantur quàm datæ, vt in tota *d.l.à Diuo Pio.* quia etiam inuito debitore capiuntur, tametsi nihil sit quod ille dare velit. At pignus prætorium non datur à debitore prætori, sed ex solo edicto & iurisdictione prætoris constituitur non solùm inuito sed etiá absente & ignorante debitore quem ponimus latitare *l.cùm secundum 9.C.de bon.author.iudic.possid.* Denique pignus iudiciale pignus quidem est, sed non tale pignus quod à creditore possideatur, aut pro quo possit creditor vllam habere actionem, aut aliud ius vllum exequi, nisi vt imploret officium magistratus iudicatum exequentis, ad hoc vt rem illam pignori captam distrahat, & quidem præsenti pecunia vt creditori statim & omnimodo satisfiat *d.l.à Diuo Pio.§.sed si emptor.* Adeò vt si emptor cui pignora sunt addicta precium non soluat, nulla in eum actio danda sit creditori, neque in res captas, quasi fuerint aliquando pignori obligatæ, quod si esset, hypothecaria sanè competeret, tamdiúque duraret quandiu verum foret solutam non esse pecuniam *l. pen. §.1.de except.rei iudic.l.grege 13.§.etiam ff.de pignor.l.debitor 59.ff.ad SC.Trebell.* Sed hactenus tantùm succurritur creditori, vt idem magistratus, qui ius pignoris & induxerat per capionem, & extinxerat per addictionem, eadem pignora rursum capiat, & distrahat quasi non vinculo pignoris liberata, vt ait Vlp. *in d.§.sed si emptor in fin.* Pignus verò prętorium cùm à magistratu detur creditori, in ipsius bonis verè est, eiúsque non modò retinendi ius habet creditor, sed etiam recuperandi, si fortè possessionem eius amiserit, saltem post Iustiniani constitutionem quæ hoc ius non tam induxit quàm certum fecit *in l.2.C.de prætor.pignor.* Ne dubitare possimus pignus prætorium à conuentionali in modo quidem constituendi differre, sed quod ad ius & potestatem pignoris attinet, nõ differre: Iudiciale verò ab vtroque maximè differre, cùm in cæteris ferè omnibus, tum pręcipuè circa addictionem, & dominij impetrationem, an & circa distractionem? Ita est: nam pignus prętorium non potest distrahi nisi post certa tempora arbitrio prętoris statuéda, vt bene sentit Cuiacius post alios *d.c.30.arg.l.3.§.vlt.de acquir.pos.* iunct. *l.prætor 7.l.si finita 15.§.non autem statim ff.de damn.infect.* nisi quod à Iustiniano ea tempora definita sunt, vt testatur ipse *in l.vlt.C.de bon.author.iud.poss.* etsi constitutionem qua id factum est, non habemus in libris nostris, vt credibile sit scriptam eam fuisse in priore Codice & prætermissam in posteriore. Hoc enim malo, quàm quod Alciatus dixit expungenda esse verba illa *à nobis* quæ sunt *in d.l.vlt.* At pignori iudiciali distrahendo duo menses præstituti sunt *d.l.debitoribus 31.D.de re iudic.* Vt quod scriptum est *in d.l.à Diuo Pio §.in venditione*, Pignora in iudicati executione capi mox distrahi, sic accipi debeat acsi scriptum esset *deinde distrahi*, quomodo Cuiacius interpretatur, non autem vt ea distractio fieri debeat in cõtinenti nisi malis distinguere hac parte pignus iudiciale constitutũ in rebus mobilibus à pignore constituto in rebus soli. Nam de rebus mobilibus Vlpianus loquitur cùm ait, iubere magistratum eas capi mox distrahi, vsúsque forensis hoc etiam obseruat, præsertim apud nos qui statutum in eam rem habemus, vt aliter & citiùs minoréque sollennitate distrahantur res mobiles, quàm immobiles. Quamquam & in immobilibus ita seruatur vt inter capionem pignorum, quam leuationem vocant,

Digitized by Google

cant, & primam ſubhaſtationem medium aliquod tempus intercedere ſit neceſſe, ita tamen vt infra decem dies, quomodo ſtatutum loquitur, prima ſubhaſtatio fiat, id eſt, quomodo Senatus noſter ſemper interpretatus eſt non poſt, ſed intra decimum diem qui ipſe in decendio illo computetur. Nam quemadmodum bona immobilia nō per pauciores quàm viginti dies venalia manere debent ex verbis ipſis ſtatuti: Sic neque per plures quàm quatuor & viginti, vt ſcripſimus in *Cod.ce Tit. de execut. rei iudic.* Cæterùm illa etiam differentia eſt inter pignoris iudicialis, & pignoris prætorij diſtractionem, quod quandiu pignus prætorium diſtractum non eſt, remanet in poſſeſſione creditoris, Pignus verò iudiciale nec à debitore, nec à creditore poſſidetur nec tenetur, ne quidem cuſtodiæ cauſa, ſed remanet in manibus Curiæ in quas ſemel reductum fuit per capionem & leuationem, vt pragmatici loquuntur. Quoniam ideò captum fuit vt diſtraheretur, non vt interim aut vnquam pignoris iure per creditorem qui iudicati executionē poſtulat, retineretur. Pignoris conuentionalis omnino diuerſa ratio eſt, Nam neque incipit à miſſione in poſſeſſionem, vt prætorium, neque deſinit in miſſionē vt iudiciale, ſed incipit à conuentione ſiue pignoris poſſeſſio tranſlata ſit in creditorem, ſiue non ſit tranſlata, & finem accipit per diſtractionem, aut per dominij impetrationem *l. vlt. C. de iur. dom. impetr.* Poteſt quidem, ſi pragmaticis noſtris credimus, creditor pignoratitius conuentionalis petere mitti ſe in poſſeſſionē rei obligatæ ſi nuda cōuentione pignoris ſibi proſpexerit contracta potiùs hypotheca quàm pignore *l. ſi rē. 9. §. propriè D. de pignor. act.* quia per quaſi Seruianā poſſeſſio auocatur *l. ſi cùm venditor 66. §. 1. D. de euict. l. 3. C. de pignor. l. ſi debitor 10. in fin. D. eod.* Sed non ideò incipit pignus à miſſione, at à conuentione, cùm ex eo tempore res ſit obligata, & tanquam obligata vindicari poſſit per quaſi Seruianam *l. ſi fundus 16. §. in vindicatione D. de pignor.* Quod enim ad hypothecariam formulam pertinet, non differt pignus ab hypotheca, niſi nudo nominis ſono *l. 5. §. penult. eod. tit.* Nec rurſus verum eſt hypothecariæ actionis formulam illam eſſe vt petat actor mitti ſe in poſſeſſionem, ſed vt in ea re ius pignoris vel hypothecæ vindicet, nulla poſſeſſionis mentione facta, petátque vt niſi arbitrio iudicis res reſtituetur, fiat condemnatio ex bono & æquo *l. ſi fundus 16. §. in vindicatione l. ſi inter 21. §. vlt. D. de pignor.* vt & in cæteris actionibus arbitrariis *§. præterea Inſt. de action.* De quo ſcribemus pluribus *in Error. vlt. Decad. 62.*

***

ANTONII FABRI I.C. SEBVSIANI, SENATORIS SABAVDIENSIS, ET IN GEBENNENSIS DVCATVS AVDITORIO PRAESIDIS,

DE ERROR. PRAGMAT. ET INTERPR. IVR.

DECAS LVII.

ERROR PRIMVS.

De possessione bonorum omnium debitoris acquisita per clausulam constituti.

SIC VT in contractibus qui hodie fiunt tam frequens ferè est clausula constituti quàm conuentionis de pignore, cùm olim sola pignoris clausula frequentaretur, vt constat ex *l. & quæ nondum 15. §. quod dicitur D. de pignor.* iunct. *l. 3. C. eod.* Ita euenit quotidie vt per eam constituti clausulam bonorum omnium debitoris possessio in creditorem transferatur, perinde ac generalis esse solet conuentio pignoris vt bona debitoris omnia præsentia & futura creditori obstringantur. Quæ res facit, vt passim creditores pignoratitij, qui per eam constituti clausulam sibi prospexerunt, petant se retineri in possessione bonorum omnium debitoris, ad ea tenenda & possidenda iure pignoris & hypothecæ, quousque debiti totius & accessionum omnium nomine plenissimè sit satisfactum. Nec tantum modò si debitor possideat, eo iure vtimur, qui casus minorem habet dubitationem, sed quod magis est, etiamsi ex bonis debitoris quorum possessio trãslata fuerat in creditorem, aliquid fuerit alienatum, quod hodie à tertio eodémque bonæ fidei possessore teneatur, dummodò is qui agit creditor imploret beneficium clausulæ constituti, & legis vltimæ *C. de acquir. poss.* cuius eam sententiam esse nostri volunt, vt ei qui semel factus sit quoquomodo possessor, nihil noceat interuersam esse à debitore aut alio quolibet possessionem, si velit eo vti remedio ad auocandam, retinendámque pristinam illam quam habuit ante interuersionem. Ita fit vt qui à debitore vel locupletissimo rem aliquam comparauit, numquam tutus esse possit, quominùs à creditore quantumlibet exiguæ summæ inquietetur si malit creditor possessionem suam vindicare, quàm eam quæ debitoris fuerat, per hypothecariam & quasi Seruianam actionem auocare. Nã agenti hypothecaria posset tertius bonæ fidei possessor exceptionem obiicere non

factæ

Digitized by Google

factæ excussionis, atque ita sibi prospicere, & securitatem acquirere: cui exceptioni non similiter locus esse potest aduersus agentem auocatoria ex cõstituto per condictionem, *ex d.l. vlt.* quia per hypothecariam creditor non suam sed debitoris possessionem auocat, *l. si cùm venditor 6. §. 1. D. de euict. l. si fundus 16. §. in vindicatione D. de pignor.* Per condicionem verò non debitoris sed suam *d.l. vlt. C. de acquir. poss.* Porrò dici non potest quàm sit hoc incommodum & onerosum non modò debitori, cui sanè posset imputari cur ita contraxerit, bonorúmque suorum omnium possessionem in creditorẽ transtulerit, sed etiam omnibus cum debitore contrahentibus, non facilè existẽte qui velit rem aliquã emere aut pignori accipere ab eo, quẽ sciat nihil posse in alium transferre, ne quidem commodum possessionis. Auge tur verò iuris huius iniquitas ex eo, quod cùm hypothecaria possit inhiberi per ius offerendi qualiscumque possessor sit is qui offert, quia de iure possessoris quærendum nihil est soluto pignore, *l. Paulus 12. §. 1. D. quib. mod. pign. vel hypoth. solu.* condictio tamen ex noua Iustiniani constitutione, *in d.l. vlt.* non magis per ius offerendi quàm alia vlla ratione impediri potest, si nostris credimus, præsertim Iacobo Menochio, *de recup. poss. remed. 14. quæst 17. num. 60.* & Carolo Ruino, *consil. 77. lib. 5.* quippe per quam non de litigatorum iure, sed de sola possessione contenditur, quæ verò possessori erepta beneficio nouæ legis aut restituitur ei, aut conseruatur. Quid autem absurdius & iniquius dici potest, quàm eum qui emerit rẽ aliquã ex bonis tui debitoris obligatã tibi antea cũ cæteris reb. omnibus, adiecta etiam clausula constituti rem illam retinere nullomodo posse, nec si paratus sit offerre tibi quod debetur? Quid rursũ iniustius quàm eum qui decem tantùm in ære alieno, mille verò in bonis habeat, nihil omnino ex bonis suis alienare posse, quod creditor tam exiguæ quantitatis non sit statim à possessore quolibet quamuis iusto auocaturus? Nam & iniquitatis huius custandæ gratia videtur iam olim ius ita constitutum fuisse, vt tametsi liberum esset creditori pignoratitio ius dominij impetrare, id est rem sibi obligatam dominij iure retinere, numquam tamen posset bona debitoris sui omnia sibi possidere, nec si ea omnia iure pignoris obstricta tenere probaretur, *l. 1. C. de iur. domin. impetr.* Ne scilicet aliter posito iure accideret facilè vt pro minima & exigua quantitate debita, ingentis patrimonij possessio tam debitori ipsi quàm iis omnibus, qui ab eo causam haberent, taufferretur: etsi enim plus damni est in iactura dominij, quàm in iactura possessionis, non minùs tamen est incommodi si possessio quàm si dominium amittatur, propter commoda tam multa quæ habet possessio, siue de proprietate, siue de possessione litigandum sit, siue de fructuum perceptione contendendum, ex quo euenire passim videmus vt pro tuenda possessione quam sibi quisque ex litigatoribus asserat grauioribus plerumque rixis & acrioribus odiis decertetur, quàm cùm de sola dominij causa disputatur. Ita vt sequestratio sæpe necessaria sit ne maioris tumultus occasio detur: cui tamen numquam locus est propter solam de dominio quæstionem. Nec est quod quis obiiciat, in prætorio pignore idem euenire, vt in possessionem bonorum omnium debitoris mitti possit vel vnus ex creditoribus, *l. cùm vnus, 12. D. de reb. author. iudic. poss. d.* Nam præter id quod ea possessio longè minoris momenti est, tanquam quæ custodiam duntaxat non etiam ius possessionis tribuat, *l. si ante 10. §. 1. D. de acquir. poss. l. 2. D. pro hered. l. cùm legatorum, 12. D. quib. ex caus. in poss. eat.* In illo etiam dispar & dissimilis condicio est pignoris

prætorij,& pignoris conuentionalis,de qua nunc agimus, quòd pignus prætorium in rem est non in personam,nec ei tantùm prodest qui prior impetrat à prætore vt in possessionem mittatur,sed cæteris quoq; omnibus creditoribus,qui & ipsi omnes in possessionē missi hoc ipso intelliguntur, *d. l.cùm vnus*. At pignus conuentionale non alij prodest quàm illi qui ipse pignus accepit,cæteris autem creditoribus nocet potiùs,siue anteriores,siue posteriores esse proponantur: qua ex differentia etiam illa nascitur, quòd possessio illa bonorum omnium quæ per pignoris prætorij cōstitutionem acquiritur, non modò non nocet cæteris creditoribus, sed etiam prodest non minùs quàm si ipsi prætorium pignus impetrassent: at quæ acquiritur per constituti clausulam ei cuius nomine constituit debitor se vniuersa bona sua possidere, nocet cæteris adeò vt etiamsi corporalem pignorum possessionem teneant, tueri eam tamen non possint si sint posteriores,adeóque nec si interdum sint anteriores,vt ex iis constat quæ scripsimus in nostro Codice *sub tit. de acquir. poss.* Cessat igitur in prætorio pignore iniquitas illa,qua mouemur ne in cōuentionali quoque idem admittendū esse arbitremur,quod nō sit ferendū vt pro minima fortè debiti quantitate bonorum omniū debitoris opulentissimi possessio,nō magis quàm vt dominiū creditori vlli addicatur:quod vtiq; sine maximo & debitoris & cæterorū eius creditorū incōmodo fieri non potest.

ERROR SECVNDVS.

De clausula cōstituti posita in speciali cōuentione pignoris posmodùm à debitore alienati.

DROINDE,si quid mei iudicij est,permitti non deberet, vt generali conuentioni pignoris, generalis quoque constituti clausula subiiceretur,sed eā coangustari oporteret ad specialē pignoris & certæ rei conuentionem quæ vniuersa debitoris bona minimè comprehenderet. Hoc enim addendum est vt cautionem illam excludam,quam pragmatici plerique inuexerunt,de obligandis generaliter bonis omnib. debitoris & specialiter vnaquaque parte & particula ipsorum. Quo remedio assequuntur vt vtriusq; hypothecæ & generalis & specialis cōmoda omnia creditor habeat, neutrius verò separatim constitutæ incōmoda vereatur, quale inter cętera vulgo esse creditur generalis hypothecæ,vt minùs rē afficiat quàm specialis,tū quoque cùm adnexā habet clausulā constituti:quod tamē nos alibi refutauimus, specialis verò hypothecæ,vt excutienda necessariò sit priusquàm ad generalem peruenīri possit,nisi per conuentionē expressam sibi creditor prospexerit,ne generalis hypotheca deroget speciali,nec specialis generali,*l.2.vbi nostri non tant C. de pignor.* Cæterùm cùm tanta saltem,si non maior,potestas sit clausulæ constituti & hypothecę ad singulas res debitoris applicatæ,quāta esset eius quę generaliter vniuersa debitoris bona cōprehēderet,nō magis ferre possū vt per specialē conuentionē, quàm vt per generalē possessio bonorū omniū debitoris in vnū ex creditorib.solū trāsferatur,ne alioqui quod vna via prohibitū esset,alia æquè facili & obuia permitteretur.cōtra *l.scire 21.§.1.D.de tut. & curat.& l.5.§.si pupillus D.de reb.eor.qui sub tutel.* Tantò autē iustior videri hæc nostra sentētia debet,quāto improbabilius illud est,quod iidē interpretes & pragmatici nostri inuexerunt,Constituti vim & potestatē eam esse, vt si cōstitutor rē alienauerit,& corporalē possessionē in aliū transtulerit, liceat cōstitutario eā auocare à tertio quantūlibet bonæ fidei possessore, dūmodò

Iusti-

Iustinianæ legis beneficium imploret: cùm tamen illa ipsa Iustiniani cõstitutio non ad eum duntaxat casum pertineat, quo is qui alieno nomine possidebat possessionem derelinquerit aut alij prodiderit, vt eam ille alius occuparet, non etiam ad eum, quo possessio ab ipso tradita fuerit, & in alium translata, vt pluribus à nobis disputatum est in prima Chiliadis parte. Quid enim absurdius est, quàm permittere constitutario, vt possessionem auocet quasi suã ab eo qui ipse suo nomine, ac proprio iure, iustoque titulo longum fortè tempus possederit? *l. Pomponius 29. D. quib. mod. vsusfr. amit.* Erit verò absurditas euidentior, si eam sententiam sequare quæ à pragmaticis nostris magis probatur, vt beneficium, *d.l. vlt. C. de acquir. poss.* ad retinendam magis quàm ad recuperandam possessionem spectet: quamquam contraria sententia mihi semper probabilior visa est, quam & Menochius ad legem illam tuetur, ne recuperandæ possessionis remedium illud sit, non retinendæ. Possessio si quidẽ cùm sit facti nullo iuris auxilio retineri potest, quin amittatur statim atque occupata est per eum qui nõ alieno sed proprio suo nomine possidere velit, etiamsi prædo sit, nec titulum vllu suæ possessionis queat obtendere *l. si de eo 40. §. 1. l peregrè 44 & poss D. de acquir poss.* Multò magis si bonæ fidei possessor proponatur: solúmq; supersit ei qui possessionem amisit remedium, vt vel de dominio disputet per rei vindicationem, vel de possessione recuperanda per interdictũ aut per actiones ciuiles in eã rem comparatas: non autem de retinenda illa quam verè factóque ipso amiserit: nisi fortè illud quoque paullatim volumus inducere, quod fuerit multò absurdius, vt ei usdem rei duo sint eodem tempore veri, adeóq; iusti possessores, ille nimirum qui per constitutorem possidebat, & ille rursum qui à constitutore non tantùm possessionem sed etiam dominium rei acquisierit, quod nec admitteret ex veteribus Iureconsultis ij qui defendebant posse à duobus eandem rem eodem tempore in solidum possideri sed ab vno iustè, ab alio iniustè. *l 3. §. ex contrario eod. tit. de acquir. poss.*

ERROR TERTIVS.

De iure offerendi aduersus creditorem agentem condictione ex l. vlt. C. de acquir. poss.

ED nec illud rursũ probabile vnquã fieri potuit, quod superiore capite dixi plerisq; interpretibus placuisse, vt si creditor hypothecarius cuius nomine debitor cõstituerat se rẽ obligatã possidere agat cõdictione ex *l. vlt. C. de acqui. poss.* ad auocãdã possessionẽ quę in bonæ fidei possessorẽ translata reperiatur, nõ sit audiẽdus possessor debitũ offerẽs ad summouendũ creditorẽ. Sic. n. Carolus Rainus, & Iacob Menoch. locis ꝫ. citatis: Idẽ Menoch. *remed. 3. adipisc. poss. de Saluian. interd. n. 182.* cũ quib. ne sẽtire possim illud facit, quod tametsi iudiciũ de possessione siue retinẽda siue recuperãda dicatur esse summariũ quod proinde vix vllas patiatur exceptiones, quæ ad iuris & dominij causã quoquomodo ptineãt, quia de possessione prius & ante omnia cognoscẽdũ est, *l. si de vi 37. D. de iudic. l. ordinary 13. C. de interdict. l. vnic. vbi not. C. si de momẽt. poss. sue. appel.* Pẽdet tamẽ ea possessio quę p clausulã cõstituti cũ pignore creditori acquiritur, ex iure ipso pignoris cuius veluti sequela quædã & appẽdix est, nec. n. alia causa fingi potest trãslatę vel trãsferendæ in creditorẽ possessionis rerũ obligatarũ, quàm q̃ ei res illæ priùs fuerint pignori obligatæ, vt tantò securior esset creditor, quãtò cõmodior & expeditior esse solet pignoris retẽtio quàm persecutio, *l. si rẽ 9. §. proprièl. cùm & sortis 35. in fin. D. de pignorat. act l. 1. D. de pignorib.* cui cõsequẽs est vt soluto p oblationẽ totius debiti iure pignoris, nihil causæ supersit cur creditori fauere debeamus certãti de possessione sua, siue retinẽda, siue recuperãda: nec si malæ fidei possessor & prædo apponatur is qui creditori cõtrouersiã

poſſeſſionis facere velit: Non enim quærendum eſt de iure poſſeſſoris, cùm ſublatũ & extinctũ eſt ius creditoris ſoluto pignore, inquit Paulus noſter *in l. Paulus* 12. *§. 1. D. quib. mod. pign. vel hypoth. ſolu.* Neque fortius hac parte eſſe poteſt vinculũ quæſitæ poſſeſſionis quàm pignoris, nec cõſequẽter diuturnius, vt ſublato quoq; pignore durare debeat & perſeuerare, cùm ſublato principali acceſſoria quoq; omnia tolli & extingui neceſſe ſit ex vulgata tritáq; iuris regula: nec proinde ad rem facit ſi quis obiiciat ius offerendi ad cauſam pignoris pertinere, non ad cauſam poſſeſſionis. Hoc enim eſt quod contendo, nullã creditori aut actionẽ, aut etiã quod magis eſt exceptionẽ pro poſſeſſione dandam eſſe cùm in eũ ſtatũ res peruenit, vt iam cœperit nihil eius intereſſe ratione pignoris, quia tùm etiam illud verum eſt nihil penitus eius intereſſe ratione poſſeſſionis quam nec habuit vnquam, nec habere debuit, niſi in cõſequentiam pignoris vtiliter contracti. Certũ autẽ eſt neq; actionẽ, neq; exceptionẽ vllam ei poſſe cõpetere cuius nihil omnino interſit, *l. 3. §. 1. l. ſtipulatio iſta* 38. *§. alteri D. de verb. oblig. l. ille à quo* 13. *§. ſi de teſtamen.* vbi omnes notant *D. ad SC Trebell.* Fateor poſſe fieri, vt creditor cui totum debitũ oblatum adcóque ſolutum, aut cui aliter eo nomine ſatisfactum eſt, remaneat poſſeſſor rei obligatæ, qualis fuerat antequàm pignus extingueretur, quia pignoris obligatio iuris eſt, poſſeſſio autẽ facti, quã proinde adprehẽdi & acquiri neceſſe eſt, vt penes debitorem reperiatur, quæ fuerat antea penes creditorem. Sed nego dãdam creditori cui pleniſsimè ſatisfactũ fuit, actionẽ aut exceptionẽ vllã ad poſſeſsionẽ pignoris, ſiue retinendã, ſiue recuperãdã quia nimirũ per debiti ſolutionẽ extincta obligatione pignus eſſe deſiit, cuius tamen retinendi aut recuperandi ius nunquam habuit creditor, niſi & tãquã creditor & tanquam rei vinculo pignoris obligatæ. Et verò conſtat eo iure nos vti, quod & multorũ iudicatorũ authoritate cõprobatũ eſt, vt nõ minùs poſsit quilibet poſſeſſor creditori offerre agẽti ad auocãdã poſſeſſionẽ *ex l. vlt. C. de acquir. poſſ.* quàm ſi Seruianã exerceret ad auocandã poſſeſsionẽ debitoris. Quid.n. referre poteſt eius qui cõuenitur an propriã ſuamq;, an debitoris poſſeſsionẽ auocare velit tanquam creditoris qui amplius creditor nõ ſit? Quare nec placet mihi quod velut remedij loco ſubtiliores pragmatici induxerũt, vt creditor petat retineri ſe in poſſeſsione rerũ debitoris ex beneficio *dictæ l. vlt.* nulla pignoris aut hypothecæ facta mẽtione, id eſt nõ adiect. vulgari illa clauſula quæ paſsim hodie in libellis addi ſolet, *ad habend., tenendum & poſſidendum iure pignoris & hypothecæ quouſque fuerit ei plenè ſatisfactũ.* Nam quoties in libello clauſula huiuſmodi addita eſt, nemo dubitat quin oblatam à reo ſolutionem accipere cogatur creditor qui ipſe prior condicionem hanc futuro cuilibet aduerſario detuliſſe videatur. Cùm verò nihil de iure pignoris aut hypothecæ in libello dictum fuit, etſi minùs aperta ratio eſt propter quam permitti debeat ei, qui cõuenitur, vt per ius offerendi ſummoueat creditorem, illa tamen ratio ſemper creditori obſtat, quòd tũ quoq; cùm ſuam & propriam poſſeſſionẽ auocat quæ fuerat ei quæſita per clauſulã conſtituti, non alio iure facit quàm quaſi creditor, haud ſecus acſi poſſeſſionem debitoris per quaſi Seruianam auocaret, creditor autem non eſt qui iam ſolutionem debiti accepit, aut per quem ſtat etiamnum ne accipiat. Ergo ſiue pignoris mentio aliqua, ſiue nulla facta ſit in libello creditoris, non poteſt ille recuſare oblatam à poſſeſſore ſolutionem debiti, ne tum quidem cùm de ſola poſſeſsione, ſiue retinenda, ſiue recuperanda

conten-

contendit: alioqui dicendum erit, creditorem vbi possessionem, siue suam, siue alienam auocauerit, nulla actione cogi posse vt ab ea possessione desistat, nec si totum ei debitum offeratur, quod neque offerri ei potest per viam actionis præterquàm à posteriore creditore. Quonam igitur iure retinebit si non iure pignoris? Quòd si iure pignoris, quidni offerri ei poterit etiam ab iniusto possessore? Quanto magis si possessor iustus proponatur cui etiam si possessor non esset, tamen vel pignoris persecutionem tanquam creditori, vel vindicationem quasi domino dari oporteret? Quippe cui damus actionem multò magis damus exceptionem *l.1. §. is autem. ff. de superfic.* & cui persecutionem, longè facilius retentionem *d.l. in princip. D. de pignorib.*

ERROR QVARTVS.

De exceptione non factæ excussionis, opposita creditori condicenti possessionem ex l. vlt. C. de acquir. poss.

RENE creditoribus prospexerunt, siue interpretes, siue pragmatici nostri, qui primi ius hoc induxere vt quisquis per cõstituti clausulam in pignore appositam factus est possessor rei obligatæ, si eam possessionem amiserit facto debitoris sui, qui rem pignoratam vendiderit alij, vel quo alio modo alienauerit, possit eam condicere & auocare ex beneficio constitutionis Iustinianeæ & proposita condictione. *ex l. vlt. C. de acquir poss.* Nam cùm ita ius sit vt creditori quasi Seruianam exercenti contra tertium possessorem, duplex potissimùm exceptio nocere soleat, vna non factæ excussionis si modò tertius ille possessor titulum habeat & bonam fidem *ex Auth. hoc si debitor C. de pignor.* Altera præscriptionis, si tertius ille possessor rem obligatam possederit æquè cum titulo & bona fide per decennium inter præsentes aut per vicennium inter absentes *l.1. & 2. C. si aduers. credit. præscrip. oppon.* Placet interpretibus, & pragmaticis nostris creditorem effugere vtriusque exceptionis periculum si pro hypothecaria eligat condictionem ex lege, malitque de possessione sola quàm de pignoris iure contendere, Excussionis quidem, quoniam soli possessori competit illa exceptio aduersus creditorem non possidentem, Creditor autem dicit se possidere, qui agens condictione *ex dicta l. vlt. C. de acquir. poss.* propriam suam possessionem auocat, cùm è contrario is qui agit hypothecaria non nisi eam auocet quæ fuit debitoris *l. si cùm venditor 66. ff. de euict. l. si fundus 16. §. in vindicatione ff. de pignor.* quomodo ratiocinatur Ferrariens. *in form. libell. act. hypothec.* in verb. *exceptionem* post Bald. *ad l. 2. C. de reuoc. his quæ in fraud. credit.* Præscriptionis verò, non ob hanc ipsam solummodò rationem, quòd neque alius possit præscriptionem ex longi temporis possessione obiicere, quàm qui & iam per longum tempus possederit, & adhuc possideat, condictio autem ex illa lege faciat vt qui priùs alieno nomine possidebat, nunquam videatur desisse possidere: sed etiam quia hypothecaria cùm sit actio in rem & vindicatio *dict. §. in vindicatione* & *l. pignoris 17. eod. tit. D. de pignor. l. pignoris 15. Cod. eod.* longi temporis exceptionem pati cogitur *l.1. l. nec petentem 5. & pass. Co. de long. temp. præscript.* Non etiam condictio ex lege, quæ cùm sit personalis actio, vtique perpetua est exemplo cæterarum actionum personalium & in trigesimum vsque annum extendi-

tur *l. hereditatis 7. Cod. de p. tit. bered. l. ſicut 3. Cod. de præſcript. 30. vel 40. annorum.* vt quamuis hypotheca ſublata fuerit, verúmque ſit, neque pignoris obligationem, neque de pignore actionem vllam ſupereſſe, ſuperſit tamen actio creditori ad auocandam propriam ſuam poſſeſſionem condictione *ex dicta l. vlt.* propterea quòd in eiuſmodi actione non de pignore contendatur, ſed tantùm de poſſeſſione. Sic enim de Matth. de Affict. ex communi & receptiore aliorum ſententia *Decis. Neapol. 139.* Eſt igitur condictio ex *d. l. vltim.* commodior creditori quàm hypothecaria, ſiue non factæ excuſſionis, ſiue præſcriptionis exceptionem vereatur. Sicut & in eo, quod nos ex aliorum magis, quàm ex noſtra ſententia diximus in præcedentibus, vt condictio ex *lege vltim. Codic. de acquir. poſſeſſ.* quia poſſeſſorium remedium eſt non admittat exceptiones, quæ, vt loquuntur, concernunt petitorium, quas vtique admittit hypothecaria, quoniam & ipſa ad petitorij cauſam pertinet cùm in ea diſputandum ſit ſi non principaliter vt in directa rei vindicatione, ſaltem incidenter de dominio non quidem creditoris qui agit, pignúſque accepit, ſed debitoris qui pignus dedit *l. & quæ nondum 15. §. quod dicitur D. de pignor. l. 1. & tot. tit. Cod. ſi res alien. pignor. dat. ſit.* Vnde inferunt, quod nos ſuperiore capite refutauimus, Ne quidem ius offerendi competere poſſeſſori aduerſus creditorem agentem condictione ex lege, quem ſi ageret hypothecaria, haud dubiè ſummoueret. Mihi verò ſupradicta omnia videntur contra veram ſubtilémque iuris rationem à noſtris diſputari. Nam vt taceam quod ſæpius iam monui, nunquam Iuſtiniani eam fuiſſe ſententiam, vt ſuccurreret ei cuius poſſeſſionem interuertiſſet is, qui nomine ipſius poſſidebat, ſi ea poſſeſſio non tantùm interuerſa, ſed etiam ab alio præſertim iuſto bonæque fidei poſſeſſore occupata quoquomodo proponeretur, Illud tamen nec tacere, nec diſſimulare poſſum quod in ſuperioribus probaui, Nouum hoc remedium, quod pro poſſeſſoribus Iuſtinianus induxit, ne ijs noceret interuerſam eſſe poſſeſſionem ab ijs per quos poſſidebant, ad cauſam non retinendæ ſed recuperandæ poſſeſſionis pertinere, cùm nulla ciuili conſtitutione fieri poſſit, vt non amittatur poſſeſſio quæ facto ipſo & animo ſibi poſſidendi per alium occupata ſit, aut duo ſimul & in ſolidum eiuſdem rei poſſeſſores eſſe intelligantur. Quo admiſſo illud ſtatim conſequens ſit, vt non minùs poſſeſſionem debitoris auocet creditor qui agit condictione ex illa lege, quàm ſi hypothecariam & quaſi Seruianam exerceret, itémque vt non minùs reuera poſſeſſor ſit, & pro vero poſſeſſore haberi debeat is, qui eiuſmodi condictione conuenitur, quàm ſi hypothecaria conueniretur. Quid enim abſurdius dici, aut fingi poteſt, quàm ex ſola actionis electione aufferri reo poſſeſſionem ſuam & commodum poſſeſſionis, vt ob hoc ſolùm, quòd hac potiùs quàm illa actione conuentus eſt deſinat poſſeſſor eſſe, qui ſi illa conuentus fuiſſet, & poſſeſſor adhuc reuera eſſet, & habendus pro vero poſſeſſore? Cur non ergo licere ipſi debeat exceptionem non factæ excuſſionis obicere aduerſus creditorem agentem condictione *ex dict. lege vltima*, tanquam poſſeſſori contra non poſſidentem? An non eadem æquitas facit, vt huic iuſto poſſeſſori æquè fauendum ſit, ne à creditore tam facilè inquietetur, cùm perinde poſſit creditor ſuum conſequi agendo contra debitorem? Atqui, inquiunt, non niſi aduerſus actionem hypothecariam voluit Iuſtinianus comparatam exceptionem non factæ excuſſionis. Sic enim habent

bent verba Irnerij *in dict. Authen. hoc si debitor* : *alio verò possidente inhibetur hypothecaria donec personaliter actum sit cum reo, & intercessore.* Imò verò, inquam ego, non tam cogitauit Iustinianus de excludenda hypothecaria, quæ odium sanè nullum meretur, quàm de inducendo eo iure quod faueret bonæ fidei possessori ne à creditore tam citò inquietari posset. Ipsa enim verba constitutionis Iustinianeæ Nouell. 4. *de fideiuſs. §. sed neque*, vnde sumpta est *dict. Auth. hoc si debitor*, non de inhibenda actione hypothecaria loquuntur, sed de creditore ipso summouendo, vt neque ad res debitorum quæ ab aliis detinentur, veniat priùs quàm transeat viam, vt ipse loquitur super personalibus etiam contra mandatores & fideiussores, sicque ad res veniat principalis debitoris, quæ ab alio detineantur, & eos qui res illas detinent conueniat. Non ergo patitur Iustinianus vt creditor hypothecarius ad res debitorum veniat, quæ ab alio possidentur, id est, quemadmodum sequentia explicant, vt eos conueniat qui debitoris res detinent, quin priùs egerit personali tam contra debitorem ipsum quàm contra ipsius mandatores & fideiussores, itémque in bona ipsa debitoris quæ ab eo ipso detinentur: Nec distinguit nouella constitutio, an velit creditor condictione aliqua, an hypothecaria experiri contra tertios possessores : Quamquam fateor non inuitus Iustinianum de sola hypothecaria inhibenda cogitasse, quia nec fieri vllomodo potest, vt per aliam actionem quàm per hypothecariam tertius pignorum possessor à creditore inquietetur, si de actione intelligas propriè sumpta ad exclusionem interdicti Saluiani, vtilis, quod tanquam subsidiarium actionis hypothecariæ placet nostris dari etiam contra extraneos possessores pignorum *l. 1. §. 1. D. de Saluian. interd.*

ERROR QVINTVS.

De admittenda exceptione non factæ excussionis non tantùm contra agentem ex l. vlt. C. de a. q. pſs. sed etiam contra Saluianum interdictum.

SED si fingas cum interpretibus mentem Iustiniani eam fuisse *in d. l. vlt. C. de acq. poss.* vt creditor hypothecarius per clausulam constituti possessor factus, possessionem suam à debitore interuersam possit auocare etiam à tertio eodémque iusto ac bonæ fidei possessore, quidni mecum illud quoque admittes, quod volo: verba illa posterioris constitutionis, quibus prohibetur creditor hypothecarius venire statim ad res debitoris, quæ ab aliis detinentur generaliter accipienda esse, vt enim quoque casum comprehendant, quo creditor ad res debitoris venire velit per condictionem, quæ in eam rem comparata existimetur. Quidni etiam fateare sequentia Nouellæ verba *& detinentes eas conueniant* generaliter intelligenda esse siue per hypothecariam, siue per condictionem & actionem personalem possessores pignorum conueniantur. Alioqui si Iustiniani constitutionem, quæ hanc non factæ discussionis exceptionem induxit, adeò velis restringere vt non prosit nisi ad excludendam hypothecariam, dicendum erit nil ergo profuturam illam possessori qui à creditore hypothecario vrgeatur non per hypothecariam, sed per Saluianum vtile interdictum : Nec enim est incognitum quàm differat interdictum illud à quasi Seruiana, Etiam

ſecundum eam interpretum & pragmaticorum noſtrorum ſententiam, quæ errorem hunc inuexit, de quo ſcribemus in ſequentibus, vt in eundem caſum poſſit & actio Seruiana vel quaſi Seruiana & interdictum Saluianum concurrere. Nam ideo comparatum volunt vſum Saluiani interdicti, vt creditor nihil aliud probandum habeat, niſi quod debitor eo tempore quo conuenit de pignore poſſeſſor fuerit rei obligatæ, quoniam per interdictum de ſola poſſeſſione quæritur, non de iure pignoris: cùm tamen ei qui Seruianam vel quaſi Seruianam exercet, neceſſe ſit probare fuiſſe rem in dominio debitoris eo tempore quo pignus conſtituebatur *l. & quæ nondum 15. §. quod dicitur D. de pignor.* In quo ſi ius ita eſſet non paruum foret commodum interdicti, quia dominij probatio plerumque difficillima eſt *§. commodum Inſt. de interd.* ob idque videntur mihi ſuppoſito interpretum errore, prudenter facere Itali qui Saluiano interdicto frequentiſſime vtuntur, Seruiana verò vel quaſi Saluiana actione aut numquam aut perraro, vt ſolius poſſeſſionis, non etiam dominij probatione ad victoriam litis obtinendam onerentur. Porrò quis benè vnquam dixit, Tertio poſſeſſori qui per Saluianum interdictum conueniatur, denegandam eſſe exceptionem non factæ diſcuſſionis ob id ſolùm quòd non hypothecaria ſed interdicto conueniatur? Sic enim fieret inutile beneficium exceptionis quam tamen ex ſumma æquitate inductam fuiſſe fatendum eſt vt bonæ fidei poſſeſſori qui pignoris obligationem probabiliter ignorauit, faueretur: valdéque ſtultus eſſet quiſquis creditor hypothecarius mallet agere hypothecaria quàm proponere Saluianum, cuius beneficio non tantùm exoneraret ſe à neceſſitate probandi dominij, ſed etiam ab excuſſionis faciendæ periculo & incommodo ſe liberaret. Neque tamen ignoro ex Italis ipſis multos eſſe, qui Saluiano tantùm tribuant, vt idcirco eripiant bonæ fidei poſſeſſori diſcuſſionis exceptionem, quæ aduerſus hypothecariam obiici poſſet. Sed receptior eſt etiam apud Italos, & vbique terrarum verior contraria ſententia, quamuis certum ſit in Saluiano interdicto agi de ſola poſſeſſione, & momentanea, eſſéque iudicium illud ſummarium, quod & Bart. notat *ad l. 1. in fin. D. de Salu. in. interd.* vbi ex hoc infert à ſententia, quæ in cauſa interdicti lata ſit appellari non poſſe, quomodo ab ea, quæ lata eſſet in hypothecaria appellaretur: ſed & illud certum eſt Saluianum interdictum habere hoc ſpeciale cum interdicto, vnde vi, quod in perſonam ſcriptum eſt non in rem, quomodo cætera ferè omnia, quæ tamen non eo minùs vi ipſa perſonalia ſunt *l. 1. §. penult. D. de interdict. l. cui à te 7. D. vnde vi l. 1. C. de precar. & Saluian. interd.* Si ergo agenti per Saluianum interdictum de ſola poſſeſſione, & in perſonam, obiici nihilominus exceptio diſcuſſionis poteſt, quid obſtabit quominùs poſſit etiam obiici agenti condictione ex *d. l. vlt. C. de acquir. poſſ.* ad auocandam poſſeſſionem? Nam & hoc caſu perinde verum eſt creditorem venire ad res debitoris, quomodo Iuſtinianus loquitur *in d. §. ſed neque*, & conuenire tertium poſſeſſorem, & quidem ex cauſa pignoris, cùm ſi pignus nullum præceſſiſſet, nec acquiſitio poſſeſſionis vlla ſecuta fuiſſet: Denique conuenitur tertius poſſeſſor ſi perſonam ipſius inſpicias, tanquam poſſeſſor pignoris, ſin perſonam actoris, à creditore tanquam à creditore, & quidem pignoratitio. Nihil igitur cauſæ eſt, quominùs exceptio non factæ excuſſionis perinde locum habere debeat, acti vel quaſi Seruiana actio, id eſt hypothecaria, vel Saluianum interdictum exerceretur. Illa ratio ſola eſſet accommodata ad excludendam huiuſmodi exceptionem,

quam

quam pragmatici noſtri aſſerunt, ſi eſſet vera, quod per condictionem *ex d. l. vlt.* creditor ſuam auocet poſſeſſionem: eſſet namque inauditum vt qui ipſe poſſeſſorem ſe diceret & probaret, hanc exceptionem pateretur à reo, quæ non poſſet competere niſi poſſeſſori. Sed iam probauimus fieri nullomodo poſſe vt creditor qui poſſeſſionem ſemel amiſit non ſolùm per interuerſionē debitoris, ſed etiam per occupationem & acquiſitionem à nouo poſſeſſore factam, certare amplius vnquam poſſit de ea retinenda priùs quàm ipſam recuperauerit, ſiue per interdictum, ſiue per condictionem ex lege Iuſtiniani, poſsétque hæc pragmaticorum noſtrorum ſententia defendi eo demum caſu qui verbis legis expreſſus eſt, quo poſſeſſio creditoris prodita fuerit, aut derelicta, at non quo fuerit etiam ab alio occupata, quoniam faciliùs potuit Iuſtinianus facere vt ex ſola interuerſione non amitteretur poſſeſſio, quæ à nemine occupata fuiſſet, quàm vt non amitteretur ea quæ & facto ipſo & cum dominio ex iuſto titulo tranſlata eſſet in emptorem: cùm fieri hoc nequeat, quin plures eiuſdem rei & eodem tempore in ſolidum poſſeſſores eſſe intelligantur quod non magis natura quàm ratio iuris ferre poteſt. Quod cùm ita ſit, dicendum eſt etiam admiſſo eo quod & negaui iam toties & ſemper negabo, vt de hoc poſteriore caſu Iuſtinianus cogitauerit, nihil tamen aliud facere Iuſtinianum potuiſſe, quàm vt creditori nouam actionem daret, totíque veteri Iuriſprudentiæ incognitam ad recuperandam poſſeſſionem, quæ ipſius antea fuiſſet, & quæ nunc penes bonæ fidei emptorem reperiretur: quod tamen quia non aliter fieri poteſt, quàm vt fateatur creditor aduerſarium poſſeſſorem de cuius tanquam pignoratæ poſſeſsione recuperanda ipſe agit, recuſare certè non poteſt quin diſcuſſionis exceptionem pati debeat, ſi ea per poſſeſſorem opponatur.

ERROR SEXTVS.

De condictione pignoris ex l. vlt. C. de acquir. poſſeſſ. poſt extinctam longi temporis præſcriptione hypothecariam.

QVÆ proximo capite ſcripſimus de exceptione diſcuſſionis etiam contra eum opponenda qui pignoris poſſeſſionem condicit, *ex l. vlt. C. de acquir. poſſeſſ.* ſi modò iuſtus & bonæ fidei poſſeſſor ſit is qui conuenitur, facilem iis viam ſtruent, quæ nunc dicturi ſumus de admittenda exceptione præſcriptionis aduerſus creditorem agentem condictione ex illa lege, non minùs quàm ſi de hypotheearia ſummouenda tractaretur. Quod enim pragmaticis noſtris placere docuimus, vt hæc condictio non lōgo tempore, id eſt decennio inter præſentes & vicennio inter abſentes quomodo hypothecaria, ſed ſolo tricennio ad exemplum cæterarum actionum perſonalium concludatur, ex Matth. de Afflict. qui alios refert *deciſ.* 139. Rationem tantùm duplicem habet, quā nos in præcedentibus vtramque retulimus, vnam quòd qui agit huiuſmodi condictione perinde habendus ſit ex beneficio Iuſtinianeæ conſtitutionis, atque ſi poſſeſſionem ſuam ſemper retinuiſſet, quo caſu nihil eſſet quod de longi temporis præſcriptione tractari poſſet, alteram, quòd cùm actio ſit perſonalis & conſequenter perpetua ex ſui natura, vt ciuiles cæteræ actiones perſonales non poſſit concludi ſpatio longi temporis, quo hypothecaria omnéſq;

in rem actiones concluduntur, sed in longissimum tempus triginta annorum extendatur. *l. 3. C. de præscript. 30. vel 40. annor.* Vtraq; verò inepta est, prior autē etiam falsa: non ob id solùm quod ad finem superioris capitis diximus, neq; factū fuisse à Iustiniano, neque fieri potuisse vt possessionē suam pristinā retineret creditor quæ & à debitore interuersa & à nouo possessore occupata esset: cùm possessio in facto nō in iure consistat, nec proinde istas iuris fictiones possit admittere quas causa dominij admittit *l. denique* 19. *D. ex quib. caus. ma. o. l. 3. §. ex contrario D. de acquir. poss.* Verùm etiam quia si posset Iustiniani constitutio eam recipere interpretationem, vt possessio quā reuera creditor amisisset, semper tamen retenta fingeretur, tolleret ea fictio intellectum præscriptionis quæ ex lōgi temporis possessione inducitur, quandoquidē nō magis sine possessione procedere potest longi temporis præscriptio, aut vt melius loquar, & ad rem nostram accōmodatius, longi temporis possessio quàm vsucapio *d. l. denique, l. cùm miles* 30. *e d. l. sine possessione* 25 *D. de vsucap. l. vn. c. C. de transform. vsucap. l. 1. & 2. C. si aduers. credit. præscript. oppon.* Atqui nec Afflictus ipse diffitetur, nec alius quisquam negare probabiliter possit, compleri præscriptionem hypothecariæ actionis, adeóq; tolli penitus hypothecam ipsam si creditor passus sit rem sibi pignori obligatam per longum tempus à iusto bonæ q; fidei possessore teneri. Sic enim Afflictus post cæteros ad finem Decisionis supradictæ, nec minùs cùm in pignore adiecta fuit clausula constituti, quàm si adiecta non fuisset, adeóque tametsi postea & intra trigesimum annum Iustinianeæ legis beneficium imploretur, nimirum quia post completam præscriptionem, & iam quæsitum ius possessori, sera est imploratio auxilij quod exinde inciperet iniquum esse & iniuriosum, *l. ex facto* 43. *de vulg. & pupill. substit. l.* 4. *C. de emancip. liber. l. Paulus notat* 8. *D. de prætor. stipulat.* Et tamen eam auxilij Iustinianei imprecationem omnino necessariam esse, & interpretes & pragmatici nostri omnes fatentur, de illo solo dubitantes, an in eam rem sufficiat vulgaris illa clausula, quæ in libellis adiici solet *omni meliori modo iustitiam ministrari*, quod sentit Antoninus Tessaurus *Decis. Pedem.* 215. *num.* 6. An verò necesse sit expressam fieri mentionem, *d. l. vlt. C. de acquir. poss.* quod Senatus noster magis probat, cùm igitur nec implorata expressim lex Iustiniani facere possit vt non concurrerit, plenéque completum sit tempus præscriptionis longi temporis, consequens est vt verum sit dicere toto illo tempore tertium possessorem non solùm verè, ac cum effectu possedisse, sed etiam ita vt numquam retrofingatur non anteà possedisse: quod cùm ita sit, an non etiam illud sequitur, vt alterutrum necessariò fatendum sit, vel eodem illo toto tempore desiisse creditorem possidere, vel si adeò tribuas potestati legis Iustinianeę, vt ex die implorati auxilij pristinam possessionem suam continuasse, & retinuisse retrofingatur, duos fuisse simul & in solidum possessores, creditorem qui prior per clausulam constituti possessor factus sit, & emptorem qui emendo aut aliter acquirendo rem illam obligatam & in id vsque tempus à creditore solo possessam, & possessionem & cum possessione dominiū sibi comparauerit, sed & cùm verum illud sit, & in confesso apud omnes, non posse clausulam constituti facere, quin hypotheca, & consequenter hypothecaria quoque tollatur, completa per tertium bonæ fidei possessorem præscriptione, quæro qua de causa vel quo iure possit creditor possessionem aut retinere aut petere eius rei quæ fuit quidem aliquando ei obligata, sed quæ

tamen

tamen obligata esse desiit? Nec enim illa vnquam fuit mens aut debitoris constituentis se creditoris nomine possidere, aut creditoris constitutum agnoscentis, vt creditor rem illam possideret nisi tanquam sibi obligatam & iure pignoratitij aut hypothecarij creditoris: Quænã igitur ei superesse potest, aut debet possessio eius rei quę amplius nõ sit pignori, & post extinctum ius omne pignoris? aut quęnam actio ad possessionem illam quę penes alium sit, condicendam, & auocandam? Difficilius enim est vt non possidenti detur persecutio, quàm vt possidenti retentio *l. 1. D. de pignor. l. heres 21. D. ad SC. Trebel.* Quòd si penas extincto iam pignoris iure nihilominùs rei anteà pignoratæ possessionem ad creditorem rediisse siue potestate condictionis ex lege Iustiniani, vt volunt interpretes, siue quo alio modo etiam sine vicio, An non perabsurdum sit retentionem dari creditori qui licèt creditor manserit, hypothecarius tamen, & pignoratitius esse desiit, ac ex tali factus est chirographarius. Nam quod dici solet, Etiam ob chirographariam pecuniam pignus retineri posse, ad hunc casum adaptari non potest, in quo pignus nullum est, vt diximus, quia sublatum fuit potestate præscriptionis, non minùs quàm solutionis. Certum autem est sublato pignoris vinculo sicuti persecutio nulla dari potest eius rei quæ antè fuerat obligata, ita nec retentionem relinqui *l. debitor 40. §. vltim. D. de pignor. act.* Alioqui quid facere possit miser emptor cui possessio condicitur, & auocatur per creditorem vt eam possessionem vel retineat si nondum amiserit, vel repetat & recuperet si amiserit quoquomodo? An creditori debitam pecuniam offerre debebit, vt fieri necesse est luendi pignoris gratia? Atqui non potest tractari de luendo pignore quod amplius nullum est, Nec rursus patiuntur interpretes vt creditor agens condictione *ex d. l. vltim. Cod. de acquir. poss.* per ius offerendi luendi moueatur, vt diximus in superioribus. Ac quamquam verum est alio iure nos vti, quemadmodum ibidem monuimus, vt perinde ius offerendi locum habeat contra creditorem agentem condictione *ex d. l. vltim.* acti hypothecariam exerceret, id tamen non alia de causa obtinet, quàm quòd soleant creditores hypothecarij, tum quoque cùm id genus actionis eligunt addere clausulam *ad habendum, tenendum, & possidendum iure pignoris quousque totius debiti nomine fuerit creditori satisfactum*, Cuius clausulæ adiecto non tantùm admittit, sed etiam inuitat possessorem ad offerendum, vt summoueat actionem: At non potest in proposita specie locum habere illa clausula, cùm non possit creditor ad rem retinendam ius pignoris obtendere, adeóque nec pignoris nomen nisi perineptè vsurpare si pignus nullum sit, & per longi temporis præscriptionem extinctum. Neque verò pragmatici ipsi negabunt vt arbitror ineptum fore libellum creditoris si post elapsa longæ possessionis tempora condicat possessionem ex beneficio *l. vltim. Cod. de adquir. poss.* ad retinendam eam iure pignoris & hypothecæ, saltémque hoc casu admittendum est quod subtiliores pragmatici volunt, eum qui agit condictione ex *dict. l. vltim.* solius possessionis mentionem, non etiam pignoris vllam facere in libello debere, Non ob id tantùm ne sibi noceat creditor, iisdémque exceptionibus & incommodis actionem suam subiiciat, quibus hypothecaria subiiceretur, quod aliis casibus euenit, sed quia malè agit creditor nullóque iure si agat, tamquam hypothecarius eo tempore quo sit tantùm chirographarius. Cùm igitur nullum ius pignoris superstit creditori in ea re de cuius possessione nunc contenditur,

Quare cogamus poſſeſſorem qui nec debitor, nec debitoris heres, ſed tertius eſt offerre debitum alienum vt poſſeſſionem ſuam vel retineat, vel repoſcat? Quid enim commune habet cauſa debitoris, cũ cauſa tertij iuſti poſſeſſoris vt quod ille debet, cogatur hic offerre, niſi cùm ex contractu debitoris & per conuentionem pignoris acquiſitum eſt ius creditori in re obligata, quæ poſtmodum tranſire ad alium non potuerit niſi cum ſua cauſa. Fac itaque nullum eſſe pignus: conſequens ſtatim fiet vt tertius & ſingularis ſucceſſor nihil creditori offerre debeat, ſiue agendo, ſiue excipiendo *l. vlt. §. vlt. D. de cõm. empt.* vtque non poſſit creditor etiam agentem emptorem & quod emit vindicantem repellere prætextu debiti non ſoluti, cùm neque quicquam ille debeat, neque poſsit creditor dicere rem ſibi obligatam eſſe, licèt fuerit aliquando. Quid enim refert præſertim quod ad tertium poſſeſſorem attinet, an res nunquam obligata fuerit, an fuerit quidem antea, ſed hodie non ſit?

ERROR SEPTIMVS.

De non ſeparanda poſſeſſione rei pignoratæ à iure pignoris poſt præſcriptam hypothecariam.

HINC verò apparet quàm facilè etiam ſit aliam pragmaticorum noſtrorum rationem diluere, ex eo petitam quòd actio illa & condictio *ex l. vlt. C. de acquir. poſſ.* ſit in perſonam, ſicut & condictio alia quælibet *§. appellamus Inſt. de action.* Actiones autẽ omnes perſonales, ſint perpetuæ, & ad annos vſque triginta durent *d. l. 3. C. de præſcr. 30. vel 40. annor.* Procederet enim ratiocinatio, ſi non niſi de actionis tempore, ac duratione quæreremus. Atqui de cauſa & de ſubiecto priùs inquirendum eſt, fatendúmque actionem hanc non eſſe niſi de poſſeſſione, poſſeſſionis verò non aliam cauſam fuiſſe, quàm pignoris in ea re conſtituti: inferamus igitur poſt extinctum pignus per lõgi temporis præſcriptionem ſicuti poſſeſſionis tranſlatæ cauſa finita eſt, ita neque poſſeſſionis huius rationem vllam haberi poſſe, niſi hactenus vt eâ creditor ipſe reddere teneatur, *d. l. debitor 40. §. vlt. D. de pignor. act.* nec proinde actionem vllam ſupereſſe, quæ ſcilicet ſi qua eſſet, non niſi de poſſeſſione eſſe poſſet, & quidem de poſſeſſione pignoris quod iam diximus, & oſtendimus nullum ſupereſſe. In ſumma omnes actiones perſonales trigeſimo anno concluduntur ne vltrà poſſint viuere, at non etiam vt in tantum vſque tempus extendi eas ſit neceſſe, cùm interea perimi poſſint legitimis modis, puta ſolutione, acceptilatione, & aliis de quibus *in l. pen. D. de ſolut. & Inſtit. tit. quib. mod. tollit. oblig.* inter quos modos hodie eſt etiam ille ſi vel perſona deficiat quæ actionem aut inſtituere aut ſuſcipere poſsit, vel res quæ in actionem venire debet. In propoſito autem deficit poſſeſſio pignoris deficiente pignore, nec igitur magis ſupereſſe poteſt condictio ex Iuſtiniani lege ad auocandam poſſeſſionem etiamſi tempora largiantur, quàm Saluianum interdictum poſt ſublatam tempore hypothecariam: quia tam condictio illa ex Iuſtiniani lege quàm Saluianum interdictum ſupponit in neceſſarium antecedẽs, non quidẽ hypothecariam, ſed tamen hypothecã in perſona creditoris qui poſſeſſionẽ rei obli-

rei obligatæ condicit, quaſi creditor hypothecarius. Neque quod per Saluianum interdictum de poſſeſſione tantùm quæratur, facere poteſt, vt ſublato pignore de Saluiano tractari queat, quod non de poſſeſſione qualibet, ſed tantùm de adipiſcenda poſſeſſione rerum pro mercedibus fundi obligatarum proponitur *§. interdictum quoque l. ſt. de interdict.* Poſtularet hic locus, vt quæ contra interpretum omnium & pragmaticorum ſententias de Saluiano interdicto dicturi ſumus, nũc propõeremus. Sed dignior tractatus eſt, qui det initium Decadi ſequenti. Subiiciemus aliam quæſtionem ſuperioribus finitimam, vt huic primùm Decadi finem imponamus.

ERROR OCTAVVS.

De pacto executiuo iuncto cum clauſula conſtituti.

PACTVM executiuum interpretes noſtri vocant, per quod conuenit, vt liceat creditori habenti obligatas res debitoris propria authoritate ingredi earum poſſeſſionem. Cuius pacti vtilitas in eo eſt, vt creditor qui conuentionis legem exercens poſſeſſionem pignorum propria authoritate ingreſſus eſt, non poſſit dici vim feciſſe, quomodo diceretur, ſi pactum nullum interceſſiſſet *l. penult. C. de pignor. act. l. creditores 3. Co. de pignorib.* vbi tamen additur conſultiùs & meliùs facturum creditorem ſi in eam rem iudicis authoritatem interponat: quod & ſcriptum eſt *in l. ſi pupillorum 7. §. 1. ff. de reb. eor. qui ſub tutel. l. ſi ſtipul. 81. in fin ff. de ſoluti.* Ne ſcilicet maioris tumultus occaſio detur, inquit *l. non eſt ſingulis 196. de reg. iur.* vt intelligamus maiorem eſſe poteſtatem iuſſionis præſidialis, vt loquitur *d. l. pen. C. de pignorat. act.* quàm priuatæ conuentionis, Licèt Imperatores *in d. l. penult.* alterutra contenti, hoc eſt vel conuentione, vel præſidiali iuſſione, parem vtriuſque vim & poteſtatem conſtituere videantur. Ideóque nimirum huiuſmodi pactum executiuum appellatur, quia eius poteſtate fit vt contra ſolitam iuris formam ab executione incipi poſſit, cùm alioqui ſemper incipiendum ſit ab actione *l. 1. Co. de exec. rei iudic. l. extat 13. ff. quod met. cauſ.* nec quicquam authoritate propria exequendum, ne quidem aduerſus condemnatum, & in executione iudicati *l. miles 6. §. qui iudicati D. de re iudic.* Sed quod de huius pacti poteſtate dicimus, ita eſt accipiendum, ſi contra debitorem ipſum qui eam authoritatem creditori dedit, poteſtas pacti exerceatur, nam ſi res quę fuerat creditori cum pacto huiuſmodi obligata poſtmodùm per debitorem alienata ſit, non eſt permittendum creditori vt ſubinde conuentionis legem exerceat propriáque authoritate fundi obligati poſſeſſionem ingrediatur: alioqui vim feciſſe dicendus erit, non minùs quàm ſi pactum de ea re nullum interueniſſet, quia licèt debitor, neque vendendo, neque donando, neque legando, vel fideicommiſſum relinquendo deteriorem creditoris ſui condicionem facere poſſit *l. debitorem 15. C. de pignor.* pactum tamen cum debitore conuentum conſtat non alij quàm debitori nocere poſſe. Ex generali regula quæ habet, ſemper & ante omnia eſſe animaduertendum, ne conuentio facta cum vna perſona noceat alteri *l. ſi vnus 27. §. pacta quæ turpem D. de pact.* Nec enim perſonalis obligatio, quæ ex contractu naſcitur, ſequi poteſt fundi poſſeſſorem *l. vltim. §. 1. D. de contr. empt. l. 1. §. ſi heres D. ad SC. Trebell.* Clauſulæ conſtituti alia ratio, maiórque poteſtas eſſe creditur:

Nam ſi debitor cùm rem ſuam daret pignori, conſtituerit eam ſe creditoris nomine poſſidere, atque ita creditorem fecerit poſſeſſorem, tum eam poſſeſſionem ſiue venditionis, ſiue alio quouis titulo in alium tranſtulerit, non dubitant interpretes & pragmatici noſtri, quin ius habeat creditor poſſeſſionis auocandæ à tertio quoque poſſeſſore ſi modò imploret beneficium *l. vlum. C. de adquir. poſſ.* de quo tam multa iam ſcripſimus in præcedentibus, ſiue retinendæ poſſeſſionis remedium illud eſſe dicas, cum pragmaticis noſtris, ſiue recuperandæ cum frequentiore interpretum noſtrorum ſchola. Secundum quam ſententiam euenit vt clauſula conſtituti in contractu inter alios inito appoſita, noceat alijs, de quibus neque dictum, neque cogitatum fuerat quicquam, hactenus ſcilicet ne ex interuerſione per debitorem facta creditor poſſeſſionis ſuæ iacturam ſentiat, non etiam vt tantundem profit creditori clauſula conſtituti aduerſus tertium poſſeſſorem, quantum prodeſſet aduerſus conſtituentem ipſum. Nam aduerſus conſtituentem prodeſſet, vt propria authoritate poſſet creditor corporalem pignoris poſſeſſionem impune ac citra vim adprehendere, dum ne qua debitoris conſtituentis aut alterius contradictio interueniret, cùm non poſſit videri vim facere is qui iure ſuo vtitur, ſuámque liberè continuat poſſeſſionem: *l. factum* 155. § 1. *de reg. iur.* At contra tertium non poſſet prodeſſe ad poſſeſſionem propria authoritate occupandam, cùm ei neceſſarium ſit, vt diximus, implorare in eam rem beneficium conſtitutionis Iuſtinianeæ, quod vtique niſi actione propoſita implorari non poteſt. Siue igitur pactum executiuum ſolum interuenerit, ſiue clauſula ſola conſtituti, plus iuris habet creditor contra debitorem aut paciſcentem aut conſtituentem, quàm contra tertium extraneum poſſeſſorem. Quid tamen ſi eam cautionem adhibuerit creditor, quam prouidi creditores omittere non ſolent, vt clauſulam vtramque & pacti executiui & conſtituti ſimul iunxerit? Volunt interpretes & pragmatici noſtri hoc caſu eam vim eſſe conuentionis vt poſſit creditor idémque conſtitutarius ius ſuum exequi, & poſſeſſionem propria authoritate occupare etiam contra tertium poſſeſſorem, qui debitori quoquomodo ſucceſſerit, licèt titulo ſingulari, ſic enim Bart. *in d. l. creditores 3. nu. 25. verſ. ſed pone quòd debitor Co. de pignor* Bald. *in l. 1. C. ſi mancip. ita fuer. alienat. conſ. 21.* Quaſi poteſtas pacti quod alioquin per ſe eſſet perſonale nec paciſcentis perſonam egrederetur, augeatur per adiectionem clauſulæ conſtituti quę cùm rei poſſeſſionem quamlibet transferat in creditorem, ipſam quoque rem afficere quodammodo videtur: Ita vt cùm creditor propria authoritate ingreditur poſſeſſionem etiam per vim, reſiſtente ſcilicet de facto poſſeſſore magis defendere rem ſuam quàm alienam occupare intelligatur, quomodo ratiocinatur Bart. *ſupradicto loco ex l. cùm fundum vbi not. D. vnde vi & de vi armat.* licèt idem Bart. de eo dubitaſſe paullò antè videatur ad eandem *legem 3. nu. 11. verſ. item quæro*, vbi tamen rationem aliam adfert non improbabilem ad hanc ipſam ſententiam comprobandam, quod cùm per clauſulam conſtituti creditor factus ſit adeò verus & realis poſſeſſor, vt ſola detentio ſuperſit penes debitorem, eundémque conſtituentem, vix ei prodeſſe quicquam poſſit ſubiunctum pactum executiuum aduerſus debitorem, ac proinde ne fruſtra adiectum exiſtimetur, neceſſaria videtur ea interpretatio, vt contra tertium exercere vires ſuas poſſit, qui modò cauſam habeat à paciſcente. Mihi tamen hæc traditio ſuſpecta ſemper viſa eſt. Nec tantùm in caſu propoſitæ quæſtionis, ſi ſimpliciter conceptum fuerit

pactum

pactum executiuum adiuncta clausula constituti, sed etiam si poneres inter debitorem & creditorem nominatim ac specialiter conuenisse, vt pactum prodesse creditori quandocunque posset contra singularem quoque successorem. Neque enim hoc ex numero eorum est quæ à contrahentium voluntate pendeant, vt possint contrahentes aliis æquè ac sibi ipsis legem dicere, sed ex sola iuris ratione æstimandum est an possit creditor propria authoritate recuperare possessionem inuito & contradicente tertio possessore, qui eam possessionem bona fide iustóque titulo sibi acquisiuerit: Semper enim facit pro possessore vulgata illa iuris regula iã à nobis allata, quòd Pacta inter alios conuenta sicut prodesse aliis non possunt, ita neque debeãt nocere, *d. §. pacta quæ turpem l. si vnus 27. D. de pact.* vt nec aliud quicquam quod inter alios vel actum sit vel iudicatum *l. 1. & tot. tit. C. inter. alios act. vel iudicat. alys non nocer.* Alioqui si sufficiat voluntas & consensus paciscentium, æquè dicendum erit, ad auferendam tertio possessori exceptionem non factæ discussionis, posse sufficere, quòd inter debitorem & creditorem conuenerit, vt non cogatur creditor excussionem facere, nec si res obligata perueniat in manus tertij cuiuslibet possessoris, Qua clausula & præcautione olim creditores & notarij frequentissimè vtebantur, priusquàm alius ille error quem in præcedentibus refutauimus, de constituti clausula inualuisset, Postea tamen compertum est, multorúmque iudicatorum authoritate stabilitum minorem esse vim & potestatem huius clausulæ, quàm vt effectum illum habere possit summouendæ excussionis, quia cùm exceptionis illius beneficium tertius possessor habeat à constitutione Iustiniani *Nouell. 4. De fideiuſſ.* non autem à debitore, qui rem vendidit aut alio quouis titulo alienauit, Iniquum sanè esset, prorsúsque à iuris ratione alienum ex solo debitoris facto & voluntate adimi possessori exceptionem quam ipsi debitor non dederit, sed sola authoritas iuris *arg. l. 3. D. de interd. & releg. l. vltim. D. de pact.* Proinde ex eiusdem iuris ratione & authoritate non ex debitoris aut creditoris voluntate ratio perenda est, quæ impediat ne possit tertius possessor iuuare se beneficio non factæ excussionis, Qualis hodie illa esse creditur quam nostri sumunt ex clausula constituti iuncta cum implorato beneficio *l. vltim. C. de acquir. poss.* Similiter itaque dicendum est, etiamsi valeat pactum, quo inter debitorem & creditorem conuenerit, vt possit creditor authoritate propria ingredi possessionem rei obligatæ, non tamen alij nocere id posse quàm debitori, qui nec de alio quàm de se obligando cogitasse videri potest cùm ita pepigit, Finge enim conuenisse expressim vt liceret creditori propria authoritate ingredi possessionem pignorum, etiam quæ in tertium possessorem alienata reperirentur: An non ineptum esset pactum, & apertè vitiosum, quo contrahentes alij quàm sibi ipsis legem dicere voluerunt? Atquin rei suæ legem dicere potuit debitor quam voluit, inquies. Non nego. Sed non tam rei suæ quàm alienæ legem dicit is qui conuentionis potestatem confert in id tempus quo res futura sit aliena *l. Stichus 39. D. de manum. testam. l. si ego 9. §. si res. D. de iur. dot. l. conficiuntur 8. §. si post factum D. de iur. codic.* Nec rursus obligatio siue naturalis tantùm illa sit, siue ciuilis quæ ex pacto nascitur, rem ipsam afficere potest si aliud nihil interueniat per quod ius reale id est in ipsa re constitui possit, sed tantùm prodest ad inducendam actionem, aut exceptionem personalem quam certum est non transire in successorem

ſingularem *d.l. vlt. D. de contr. empt. d.l. 1. §. ſi heres ad SC. Trebell. l. ea lege 3. C. de condict. ob cauſ. l. ſi debitor 7. §. 1. vbi notat. D. de diſtract. pignor.* Et quamuis placeat noſtris poſt Bart. *ad d.l. creditores num. 18. verſ. præterea licet*, Pactum hoc de ingrediendi licentia in pignore adiectum quod reale non eſſe fatentur, eſſe tamen executiuum iuris realis, nihilomagis bona eſt conſecutio quam ex eo infert Bart. *num. 23. ad fin.* vt idcirco tranſire debeat in ſingularem ſucceſſorem, quia ſemper verum eſt pactum eſſe perſonale, nec proinde executiuum iuris illius realis niſi contra paciſcentem.

ERROR NONVS.

De poteſtate pacti perſonalis in rei propriæ venditione adhibiti, etiam contra tertium poſſeſſorem.

NEc ſimile eſt quod ſcriptum legimus *in l. Titius 9. D. de ſeru. export.* pactum in venditione ſerui appoſitum vt ſi Romæ moratus eſſet manum iniicere liceret, ita ſeruum venditum afficere vt poſſit aufetri à quolibet poſſeſſore & ſucceſſore etiam ſingulari. Id enim fit non quia eiuſmodi pactum ſit aut reale, aut executiuum iuris realis. Eſt námque perſonale & executiuum iuris perſonalis, id eſt conuentionis in contractu appoſitæ, ſed quia legem illam venditioni dixerat venditor in traditione rei ſuæ, quam non aliter venditurus fuerat, nec traditurus *l. in traditionibus 44. D. de pact. l. vlt. C. de pact. int. empt. & vendit.* Nam & hac ipſa ratione motus Vlpianus *in l. venditor 13. in princip. D. commun. præd.* cùm venditor fundi Geroniani fundo Botroiano quem retinebat legem dediſſet ne contra eum piſcatio thynnaria exerceretur: Reſpondit eleganter, Quamuis mari quod natura omnibus patet ſeruitus imponi priuata lege non poſſit, quia tamen bona fides contractus & venditionis legem ſeruari expoſcit, perſonas poſſidentium aut in ius eorum ſuccedentium per ſtipulationis vel venditionis legem obligari: & tamen nemo dixerit ex ſola venditione aut ſtipulatione naſci vllum ius reale, aut quod ſit executiuum iuris realis, niſi quòd conuentio quælibet quantumuis perſonalis adpoſita in traditione rei quæ alienatur, afficit omnino rem ipſam quæ traditur, tanquam quæ nec aliter tradita fuiſſe intelligatur, nec proinde ad tertium perueniſſe qui ſcilicet nunc eam non haberet ſi per priorem venditorem tradita non fuiſſet: Aut ſi haberet, poſſet vtique eo nomine directa rei vindicatione conueniri, quia nec dominium tranſtulit prior dominus niſi per traditionem, nec tradidit niſi ea lege. Simile eſt, quod quamuis non valeat impoſitio ſeruitutis quoties nec hominis, nec prædij ſeruitus eſt *l. quoties 15. D. de ſeruit.* Ei tamen fundo quem quis vendat ſeruitutem imponere poteſt etiam quæ non ſit vtilis *l. ei fundo 19. eod.* quia vt eleganter Labeo ſubiicit quædam habere & retinere poſſumus quæ nobis vtilia non ſint, etiamſi ea acquirere non poſſemus: nec priuandus eſt commodæ ſuæ pactionis venditor, qui rem ſuam non aliter venditurus aut traditurus fuit, neque verò ſic loquitur Vlp. *in d.l. venditor*, vt dicat ex huiuſmodi pactis ius reale aliquod conſtitui, aut quod ſit executiuum iuris realis, ſed, quod valde notandum eſt, perſonas poſſidentium aut in eorum ius ſuccedentium obligari, vt intelliga-

Digitized by Google

intelligamus nō niſi perſonalem eſſe hanc obligationē, quippe quæ ex conuentione ſolummodò naſcitur, ſed quàm tamen æquum eſt tranſire in ſingularem ſucceſſorem ſimul cum re ipſa, non tam quod rem afficiat, quàm quia rei traditionem ab initio affecit, ex qua pendet vniuerſum ius dominij quod in ea re poſſeſſor habet, ac propter quam fit ne hodie res ab eo auferri & vindicari poſſit. At in eo pacto de quo nunc tractamus, quid obſecro ſimile eſt? Cùm enim creditor, qui pignus accipit à debitore cum eo conuenit, vt poſſit quandocunque propria authoritate ingredi poſſeſſionem rerū obligatarum, non dicit legem traditioni rei ſuæ, ſed acceptioni potiùs rei alienæ, cùm alienam rem neceſſe ſit eſſe illam quæ ipſi obligatur, & quamuis dicat millies, non aliter ſe pecuniam ſuam fuiſſe creditaram, non tamen poteſt ea ratione ius vllum ei tribuere contra tertium poſſeſſorem, qui ſcilicet non in pecunia ſucceſſor eſt, ſed in dominio rei obligatæ, cui legem dicere creditor nec voluit, nec potuit, qui eius dominus numquam fuit. Atqui dicat aliquis, non tantùm creditor hanc legem dixit, ſed etiam debitor, qui & dominus fuit & rem ſuam tradidit creditori quem ponimus ab eo factum eſſe poſſeſſorem pignorum per clauſulam cōſtituti. Sed facilis reſponſio eſt, adhibitam fuiſſe à debitore conuentionem illam, at non niſi fauore creditoris cuius ſolius interfuit eam addi, quam omitti potiùs debitoris interfuiſſet. Porrò in omnibus his quæſtionibus cōſtat illud potiſſimùm inſpici oportere cuius gratia lex cōtractus dicta ſit potiùs quā quis dixerit *d.l. Titius in fin. d.l. in traditionibus* 44. *de pact. d.l. vl. C. de pact. int. emp. & vēdit. d.l.* ēditor 13. *comm. præd. d.l. ei fundo* 19. *D. de ſeruit. l. Lucius* 40. *in fin. d. pact. Adde.* Addo, quod nec Bartolus ignorauit, hoc pactum quo datur licētia creditori ingrediendi poſſeſſionē pignorum propria authoritate nullius eſſe momenti nulliúſque vtilitatis inter creditorem & debitorem, quoties adeſt clauſula conſtituti. Quia cùm per eam clauſulam omnis poſſeſſio & naturalis & ciuilis acquiratur creditori, ſola corporali manente penes debitorem, nullo indiget pacto creditor, vt eam corporalem ingredi propria authoritate poſſit, ſufficiente ſcilicet in eam rem vi & poteſtate conſtituti, niſi fortè quis dicat poſſe conuentionem eſſe vtilem, vel ad hoc ſaltem vt dubitationi nullus locus relinquatur, an poſſit creditor propria authoritate occupare corporalem poſſeſſionem, de quo interpretes nonnulli dubitarunt. Non enim fruſtra videntur addi quæ gratia tollendæ dubitationis adduntur, *l. qui mutuā* 56. *D. mandat. l. 4. in fin. D. de vulg. & pupill. ſubſt.* Sed leuior ea dubitatio eſt quàm vt huiuſmodi conuentionem ideò adhiberi ſit neceſſe, cùm per eam nihil iuris acquiri certum ſit conſtitutario creditori: Tractamus autem de conuentione, per quam ius aliquod acquiri ponendum eſt, cùm de hoc ipſo quæramus, an ius ex tali conuētione quæſitum tranſeat in ſingularem ſucceſſorem. Nam nec Bart. aliter vult hoc ius pacti executiui tranſire contra ſingularem ſucceſſorem quàm ſi iam ſit in eſſe productum, vt ipſe loquitur: Adeóque requirit hoc quoque caſu præcedentem liquidationem debiti, aut ſaltem declarationem aliquam iudicis, ac multò melius quàm Baldus qui ſcribit nullam requiri, *ad l. 2. quæſt. 10. C. de ſeruit. & aqua.* Porrò ſi aduerſus debitorem ipſum inutilis ea conuentio eſt creditori, quantò magis debet eſſe inutilis aduerſus extraneum poſſeſſorem? Illa namque Bartoli argumentatio an non planè præpoſtera & inepta eſt, vt pactum hoc quod fatetur ille eſſe contra debitorem inutile, tantò magis debeat contra tertium poſſeſſorem prodeſſe creditori? An non ita fieret

vt plus iuris nanciſceretur creditor contra tertiũ ex perſona debitoris, quàm aduerſus debitorem ipſum habuiſſet? Dices fortaſſe, Imò poſſe vtilem eſſe contra debitorem, ſi fortè velit ille interuertere poſſeſſionem creditoris ſui, & incipere ſuo nomine poſſidere rem quam priùs cõſtituerat creditoris nomine poſſidere. Verùm cùm per eiuſmodi interuerſionem poſſeſſio amittatur, etiam quæ non ſit ab alio adhuc occupata, ideóque comparatum ſit beneficium *l. vlt. C. de acquir. poſſ.* ad eam recuperandam, Nemo nõ videt pactum quo licentia creditori data eſt ingrediendi poſſeſſionem propria authoritate ad eum caſum non pertinere quo poſſeſſio ſit recuperanda, ſed ad eum duntaxat quo ſit adipiſcenda *d.l. creditores. d.l. pen. Cod. de pignorat. act. l. dotis actione 9. C. ſolut. matrim. l. 1. D. quod legat.* Ingredi namque poſſeſſionem eius eſt qui nec poſſideat, nec adhuc poſſederit, non eius qui vel poſſideat, vel poſſidere iam deſierit, cùm recuperatio poſſeſſionis præſupponat occupationem præcedentem. Nec ſanè ius recuperandi poſſeſſionem propria authoritate poteſt dici ortum, nec in actu oriendi, nec re, nec ſpe ſaltem ſpe ex cauſa de præſenti, vt noſtri loquuntur, antequàm poſſeſſio ſit amiſſa. Proinde nec competere poteſt creditori ex pacto ingrediendi, multò minùs tranſire contra ſingularem ſucceſſorem, Ex not. per Bart. *in d.l. creditores. & in l. qui Romæ 122. §. duo fratres. quæſt. 6. De verb. obligat.* Et quemadmodum dicimus hoc ſermone *dum nupta erit* primas nuptias ſignificari non ſecundas *l. boues 89. §. hoc ſermone. De verb. ſignific.* Ita & dicendum eſt huiuſmodi pacto id actum eſſe, vt poſſeſſionẽ occupare propria authoritate poſſit creditor, quam nondum occupauerit, nõ etiam vt ſi occupatam amiſerit iterum poſſit eam ingredi propria authoritate, ſiue quòd vix poſſit amitti iam quæſita poſſeſſio quin aliqua vel negligentia vel timiditas interueniat poſſeſſoris, *l. ſi de eo 40. §. 1. l. clam poſſ. dere 6. §. qui ad nundinas.* iunct. *l. ſeq. D. de acquir. poſſ.* Siue quòd maius ſit periculum rixæ, & tumultus in recuperanda poſſeſſione iam amiſſa, quàm in occupanda nunc primùm ea, quæ nondum fuerit acquiſita: propter quam cauſam ſolent remedia poſſeſſionis recuperandæ tantò fauorabiliora eſſe cæteris, quia ſunt magis neceſſaria. Nam nec is qui per vim deiectus eſt, ſpoliatorem violẽtum propria authoritate expellere poteſt niſi incõtinenti, nõ etiam ex interuallo, quãuis nulla etiã reſiſtẽtia proponatur *l. 3. §. eum igitur D. vnde vi & de vi arm.* Quod ergo iuris executio & auxilium non poteſt tribuere vero ac iuſto poſſeſſori, quomodo tribuere poterit executio pacti inter alios cõuẽti? Nam ſi nõ alia ratione volũt noſtri maiorẽ eſſe poteſtatẽ pacti executiui cõſtituto adiuncti quàm quia per conſtitutum creditor iã ſit factus poſſeſſor, quis ferat permitti creditori vt plus ſibi iuris adroget ex pacto inito cũ debitore quàm ex cõſtituto? Denique augetur poteſtas pacti executiui per conſtitutũ, At nõ ſimiliter poteſtas cõſtituti per pactũ, niſi in præiudiciũ paciſcẽtis. Poteſt creditor authoritate propria occupare poſſeſſionẽ corporalẽ ſi iã nactus ſit naturalẽ & ciuilẽ per clauſulã cõſtituti, neque in eã rẽ indiget auxilio pacti executiui, etiãſi debitor reſiſtat, dũmodò tantùm verbo reſiſtat nõ etiã facto, vt Bart. & alij tradũt *ad d.l. creditores*, aut dũmodò incõtinenti vtatur iure executiuo quod ei authoritate legis conceditur ex *d.l. cùm fundũ & d. l. 3. §. eum igitur D. vnde vi & de vi arm.* Nã & qui ciuilẽ tãtùm habet puta quæſitũ per precariũ, aut, quod effectu idẽ eſt, per conſtitutionẽ precarij, poteſt eũ qui naturalẽ clanueſtinã ſolã habet etiã verbo reſiſtentem propria authoritate expellere, vt iidẽ noſtri notãt *ad d.l. clã poſſ. dere 6. §. qui ad nũdinas. D. de acquir. poſſ.*

vbi

vbi Rom.&Raph.Glos.*in §.retinẽde.Idst de interd.& in l.1.C.vnde vi.& in l.1.§. interdictũ*,vbi latè Bart.*D.vti possid.*Sed si inueniat creditor debitorẽ facto resistentẽ,non potest ex solo constituto corporalẽ occupare propria authoritate:alioqui vim facere diceretur,quia cõstitutum purgat quidẽ vicium clandestinitatis,sed non apertę violentiæ:cessetque in eam rem necessariũ ei auxiliũ pacti executiui,quo interueniẽte posset vtiq; debitorẽ etiã de facto resistẽtẽ expellere & possessionẽ authoritate propria occupare quia tunc non tã vim facere & iniuriã cõmittere quàm ius suũ exequi diceretur:etsi multò ciuiliùs & melius faceret si per iudicẽ exequeretur, *d.l.creditores*, nisi quod electa semel iudicij via nõ posset impunè posteà ad conuentionis executionẽ redire, nõ quasi amissa p metũ possessione, vt Baldus putabat,meritò à cęteris in eo reprehẽsus *ad d.§.qui ad nũdinas* (nec enim timiditati sed modestiæ potiùs & ciuilitati adscribendũ est si quis p iudicẽ malit quàm per seipsũ iure suo vti *d.l.creditores*)sed quoniã eligendo iudicẽ aliam sibi viam præclusit,satisq; est patére illi eã quã elegerit,ne alioqui nõ tam aduersarium quàm iudicem cõtemnere videatur cuius spretum impunitum manere numquam oportet.

ERROR DECIMVS.

De potestate pacti executiui,siue contra ipsum debitorem agatur,siue contra tertium possessorem.

AT si creditori res sit,non cũ debitore,sed cũ alio tertio possessore,etiã qui à debitore ius habeat,potest quidem suam possessionem,quã per clausulam constituti nactus est tueri & corporalẽ occupare propria authoritate quandiu suam non amisit, etiam ignorante possessore citra vicium clãdestinitatis,quia sola possessionis occupatio ignorante ipso per alium facta non priuat eum sua possessione quousq; vel reuersus nõ admittatur, vel à die quo sciuit occupatam neglexerit eam ingredi & retinere,si vera nostri notãt ad *d.l.vlt.C.de acquir.poss.*& *ad l.si de eo* 40.*§.si fortè D.eo.* Alex.*in l.peregrè* 44.*§.quibus in verb.ingressus eod.ex l.clã possidere §.qui ad nundinas & l.si id quod §.fin.l.si colonus eod.tit.* Sed hoc ita demùm si tertius ille possessor,neque verbo, neque facto resistat,si qua enim siue realis, siue etiã verbalis tantùm resistẽtia interueniat nihil potest creditor facere citra vim,etiamsi non tantùm per clausulã constituti,sed etiã per pactum executiuum cum debitore conuentũ sibi prospexerit, quoniã eius pacti potestas nulla esse potest contra tertium possessorem qui pactus non fuit,quiq;non tã à debitore quàm ex facto suo & à lege habet ius tuendæ suæ possessionis præsertim quam nactus sit iusto titulo & bona fide.Estque hoc casu necessaria creditori cuius possessio fuit interuersa imploratio constitutionis Iustiniani in *d.l. vlt.* ad auocandã possessionem quã certè negari non potest fuisse amissam,ex quo fuit & à constituẽte interuersa,& ab alio occupata,imò priùs etiã quàm fuerit occupata *d.l.si de eo.§.1.in fi.& d.l.peregrè* 44.*§.vlt.*Propter quod necessaria fuit ea cõstitutio Iustiniani si tamẽ potest illa ad hũc quoq; casũ porrigi quod nos tã sępe in precedẽtib.negauimus.Nihilne igitur pactũ executiuũ proderit creditori cõtra tertiũ possessorẽ etiãsi iũctũ sit cũ clausula cõstituti?Nihil penitus.Multò minùs vero,si possessio,quę per cõstitutũ acquisita fuerat, quoquomodo amissa proponatur.Nam quod ius habet creditor constitutarius hoc casu, vt possit eam authoritate propria recuperare,dummodò id faciat in continenti, non ex interuallo,hoc habet à iure non à pacto, & habet tanquam alius possessor

quilibet, *dicta l. 3. §. eum igitur. D. de vi & vi armat.* quia ſcilicet factus eſt poſſeſſor per conſtitutum. Vt verò ex interuallo eam recuperet authoritate propria expellendo inuaſorem, non magis à iure quàm à pacto habet, quia nec debitor ipſe ſi poſſeſſor manſiſſet id iuris haberet contra ſpoliatorem. Ex quo fit, tãto manifeſtius nihil iuris poſſe ex pacto executiuo acquiri contra tertium poſſeſſorem, quin hoc ipſo eueniat quod fuerit perabſurdum, vt plus iuris creditor paciſcendo cum debitore acquirat ſibi ex voluntate debitoris, quàm habiturus fuerat debitor ipſe, ſi cum creditore non contraxiſſet. Quodnam enim aliud auxilium habere potuiſſet debitor aduerſus poſſeſſionis ſuæ turbatorem & inuaſorem quemlibet, niſi quod habẽt poſſeſſores omnes ſiue turbati, ſiue ſpoliati? At contra debitorem ipſum prodeſt adiectio pacti executiui, ſiue cum clauſula conſtituti coniunctum ſit, ſiue ſeparatim & per ſe ſumptum, hactenus ſcilicet vt poſſit creditor debitorem qui non tantùm verbo, ſed etiam facto reſiſtat propria authoritate expellere, quod ex ſola poteſtate clauſulæ conſtituti facere non poſſet, at non etiam vt per vim aut alio modo interuerſam à debitore poſſeſſionem poſſit ex interuallo propria authoritate repetere: quoniam pactũ illud ad poſſeſſionis adipiſcendæ tantùm, non ad recuperandæ cauſam pertinet, vt diximus in præcedentibus, & quemadmodum pactum cum alio factum alij neque prodeſſe, neque nocere poteſt, ita neque quod de vna re factum eſt ad aliam extendi debet *d. l. ſi vnus 27. §. pacta quæ tempem in fin. D. de pact.* Alia autem res eſt poſſeſſio adipiſcenda, alia verò recuperanda. Sicut alia ſunt interdicta adipiſcendæ, alia recuperandæ poſſeſſionis, *l. 1. D. de interdict.* Sed hæc de pacto executiuo nunc dixiſſe ſufficiat: Reliqua in alium locum reſeruemus.

ANTONII FABRI I. C. SEBVSIANI, SENATORIS SABAVDIENSIS, ET IN GEBENNENSIS DVCATVS AVDITORIO PRAESIDIS

DE ERROR. PRAGMAT. ET INTERPR. IVR.

DECAS LVIII.

ERROR PRIMVS.

De Saluiano interdicto contra extraneum poſſeſſorem, & quod vi aut clam.

MAGNVM remedium ab interpretibus noſtris excogitatũ & inductũ eſt aduerſus incõmoda actionis hypothecariæ, quã alioqui exercere creditores cogerentur contra tertios pignorum poſſeſſores. Nam

Nam cùm ea ſit condicio hypothecariæ ſeu quaſi Seruianæ actionis, vt quiſquis eam proponit ante omnia probare debeat rem datam pignori fuiſſe in bonis debitoris, vel eo præcisè tempore quo dabatur res pignori ſi ſpecialis conuentio fuit *l. ante omnia* 23. *D. de probat.* vel aliquo ſaltem poſt conuentionem die ſi bona debitoris generaliter obligata fuerint præſentia & futura *l. & quæ nondum* 15. *§. quod dicitur D. de pignor.* aut omnia ſimpliciter & indiſtinctè poſt Iuſtiniani conſtitutionem *in l. vlt. C. quæres pignor. oblig. poſſ.* Plerumque accidit, vt creditor ſuccumbat defectu probationis dominij, quę perſæpe imò ſemper difficillima eſt *§. commodum Inſt. de interd.* Etſi enim minùs plenæ probationes in hoc iudicio exigi ſolent, quàm ſi directa rei vindicatione ageretur, quia in directa rei vindicatione principaliter de dominio agitur, in hypothecaria verò non niſi incidenter. Illud tamen cõſtat, non ſufficere vt qui agit hypothecaria probet debitorem qui pignus dedit fuiſſe poſſeſſorem, ſed illud etiam omnimodo requiri, vt probet fuiſſe illum dominum ſi non directum, ſaltem vtilem, vt interpretes & pragmatici loquuntur, quod multò plus eſt quàm fuiſſe poſſeſſorem, cùm ex ſola fructuum perceptione quam quis ſuo nomine fecerit probetur optimè ac concludenter poſſeſſio, at non etiam dominium, neque vtile, neque directum, niſi probetur is qui fructus percepit feciſſe animo domini, & pro domino habitus fuiſſe, vt notant noſtri ad *l. Titia* 48. *D. de ſolut. & ad leg. cùm res, & leg. ſiue poſſidetis C. de probat.* Ob eam nimirum cauſam placet interpretibus noſtris longè commodius eſſe creditori pignora ſua contra tertios poſſeſſores perſequenti, vt agat vtili Saluiano interdicto, per quod futurum ſit vt tantundem conſequatur, quantum ſi quaſi Seruianam exerceret, id eſt, vt auocet poſſeſſionem penes aduerſarium conſtitutam, qui vnus effectus eſt actionis hypothecariæ *l. ſi cùm venditor* 66. *in princip. D. de euict. l. ſi debitor* 10. *in fin. D. de pignor.* Nec tamen quicquam aliud probandum habeat præter debitoris poſſeſſionem, quandoquidem in Saluiano interdicto, ſicut in cæteris omnibus de ſola poſſeſſione, & quidem adipiſcenda quæritur, non etiam de dominio *§. interdictum quoque Inſt. de interd.* Ac quoniam non poſſunt negare interpretes quod apertiſſimè, ac verbis diſertis ſcriptum eſt *in l. 1. C. de precar. & Saluian. interd.* Saluianum hoc interdictum dari tantummodò contra conductorem fundi ruſtici de mobilibus in fundum illatis de quibus conuenit expreſſim vt pignori eſſent pro mercedibus, & penſionibus conductionis, non etiam contra tertium poſſeſſorem, præſertim verò bonorum ex alia quàm conductionis cauſa obligatorum: Fatentur inutile quidem eſſe in hanc rem interdictum Saluianum directum, eámque volunt eſſe ſententiam *d. l. 1.* Sed confugiunt ad Saluianum vtile, de quo *in l. 1. in princip. & §. 1. D. eod.* eiúſque præcipuam vtilitatem hanc eſſe iactitant, vt etiam contra tertium quemlibet pignoris põſſeſſorem de quacunque re, ac pro quouis debito exerceri poſſit: Nec ab hac ſententia & interpretatione quam Accurſius, Bartolus cæteríque omnes interpretes inuexerunt diſſentit Cuiacius *lib. 5. obſer. c. 24.* cùm meliorem aliam & expeditiorẽ nullam rationem inueniret conciliandi Iuliani *in d. l. 1. in princip. & §. 1. ff. de Saluian. interd. cum Imper. in l. 1. C. eod.* Quamquam autẽ nondum ad pragmaticos noſtros huius ſententię praxis peruenit, quibus ferè incognitum & inauditum eſt Saluiani interdicti nomen ſi peritiores excipias qui iuris noſtri cognitionẽ eam habent quam ex Bartolo hauſerunt, frequentiſſima tamen eſt apud Doctores & pragmaticos Italos, apud quos vix vllus fermè vſus hodie eſt actionis hy-

Digitized by Google

pothecariæ, niſi ſi quando vel creditor, vel creditoris Aduocatus aliquis tam imperitus eſt, vt quaſi Seruianam eligere malit, quàm interdictum. Nec ſanè immeritò, cùm interdicti remedium hoc cõmodum habeat vt dixi, quod leuiores & faciliores exigit probationes, itémque quod nullas patitur exceptiones quæ ad dominij iuriſque cauſam pertineant, quæ omnia diuerſa ſunt in actione hypothecaria, propterea quòd de iure pignoris proponitur, habétque implicitam ſaltem incidenter dominij quæſtionem. Ego verò, quod cum bona tot tantorúmque virorum venia dictum velim, totum hoc ius ab interpretibus noſtris inuectum errore magis quàm iuris ratione aliqua receptum eſſe ſemper exiſtimaui. Quam in ſententiam mouet me primùm ac maximè quod ſcriptum eſt *in d.l.1.C.de precar.* Si locatore non remittente pignus conductor ea, quæ locatori obligata erant vendiderit, ius eſſe integrum locatori ea perſequi, non interdicto Saluiano (id enim tantummodò, inquit lex, aduerſus conductorem debitorémque competit) ſed Seruiana actione, vel eam quæ ad exemplum illius inſtituitur vtilem aduerſus emptorem exercendam eſſe, id eſt quaſi Seruianam. Quibus verbis quid obſecro ſcribi potuit, aut quid fingi poſſit apertius? Nam quod Accurſius, Bartolus & alij omnes ad Cuiacium vſque reſpondent, intelligendum eſſe Gordianum de interdicto Saluiano directo non de vtili, prorſus improbabile eſt, non ob id tãtùm quòd ſolent Imperatores omnes in reſcriptis ſuis de vi & effectu rei reſpondere non vt plerunque Iureconſulti de ratione & ſubtilitate iuris, ideóque vtilem actionem apertis verbis accommodare ſi quando æquitas ita ſuadeat deficiente directa, vt *in l.1.C.de oblig.& act. l.poſtquàm 7.& ſeq.C.de hered.vel action. vend. l.pater 7.C.de pact.conuent.tam ſup.dot.& alibi paſſ.* Nempe quia effectu ipſo nihil intereſt an quis actione directa conueniatur, an vtili, cùm vtraque ſit eiuſdem poteſtatis *l.actio 47.D.de negot.geſt.* Verùm etiam quia cùm eo ipſo reſponſo tractet Imperator de vtili quoque Seruiana quæ ad exemplum directę inſtituitur, quidni etiam vtilis Saluiani meminiſſet, ſi perinde illud competeret, atque vtilis Seruiana? Præſertim verò cùm is qui Imperatorem conſulebat, de Saluiano interdicto quæreret, non de Seruiana actione? Secundò mouet me, quòd interdicta omnia etiam illa quæ in rem concepta videntur ſi verborum figuram inſpicias, vi tamen ipſa perſonalia ſunt *l.1.§.penult.D.de interd.* Quomodo igitur aut quo iure fieri poteſt, vt contra eum dentur qui neque contraxerit, vel quaſi, neque deliquerit vel quaſi? *l.cùm à te 7.l.ſi vi me deieceris 15. D.vnde vi & de vi armat.l.4.§.ſi tu me vi D.de vſurpat.& vſucap.*

ERROR SECVNDVS.

De interdicto, Quod vi aut clam contra tertium dando, & de formula interdicti Saluiani.

NEc obſtat quod etiam poſſeſſor operis quod vi aut clam factum eſt, tenetur ex interdicto illo Quod vi aut clam, adeóque tametſi eo inuito alius fecerit, nimirum hactenus vt quia poſſidet nec fecit, patientiam ſaltem præſtare debeat *l.ſi alius 7.in princip. l.competit 16.in fin. D.illo titul. quod vi aut clam.* Id enim fit in neceſſariam conſequentiam interdicti, quod competit aduerſus eum ipſum qui aut vi aut clam fecit: quem conſtat teneri poteſtate interdicti ad hoc vt & patientiam & impenſam tollendi

Digitized by Google

tollendi operis præstet cùm opus ipsum possidet : Tum verò quoque cùm non possidet impensam : Atqui frustra conueniretur & condemnaretur ad impensam illam tollendi operis præstandam, si non cogeretur possessor præstare tollendi eius patientiam: nulla enim est impensa necessaria in tollendo eo opere quod tolli nullomodò potest, neque re sare possessor potest quominùs patientiam illam præstet, etiamsi non teneatur interdicto, neque solus, neque cum eo qui vi aut clam fecit, quia verum est opus vi aut clam factum esse, ideóque restituendum esse etiam in præiudicium possessoris, quoniam id quod vi aut clam factum est, Prætor nunquam ratum habet *l. si mulier* 21. §. 1. *D. quod met. caus.* quamuis non à possessore ipso restituendum sit, sed ab eo ipso qui fecit. Verba enim edicti sic habent, *Quod vi aut clam factum est, qua de re agitur id cùm experiendi potestas est, restituas l. 1. eod. tit.* vbi additur interdictum illud esse, restitutorium & per hoc esse occursum callid.tati eorum, qui vi aut clam quædam moliuntur, iubentur enim ea restituere. Ex quo apparet possessorem operis, quod vi aut clam factum est, non posse interdicto illo teneri ne quidem ad patientiam præstandam, si fortè contra solum eum agere velit actor, malitque impensam tollēdi operis de suo præstare quàm in eam rem illum ipsum qui vi aut clam fecit cōuenire: nec quod interdicti huius verba exemplo actionis Quod metus causa in rē scripta sunt, facere potest vt possessor solus interdicto cōueniri possit. Nō enim ideò minùs personale est interdictum ad operis restitutionē, cùm opus factum restituere alius non debeat, quàm qui vi aut clam fecit, alioqui etiam impensam præstare possessor operis deberet, quod vtique falsum est. Io eóque dissimilis est ratio actionis illius Quod metus causa, & interdicti Quod vi aut clam, quia interdictum datur ad hoc vt opus ipsum restituatur, d est tollatur, & in eum statum res reponatur in quo erat priusquā fieret, quod sine sumptu & labore fieri non potest: actio autem Quod metus causa non ad hoc datur vt res omnimodo restituatur, sed vt si non restituetur quadruplum eo nomine præstetur *l. item si cum* 14. §. *in hac actione D. quod met. caus.* Tam enim restituere rem per vim aut metum extortam possessor potest, nullo suo sumptu aut incommodo quàm is ipse qui vim fecit aut qui metum tulit, & idcirco nihil absurdi est si æquè per arbitrariam conueniatur. At esset absurdum & iniquum conueniri ex interdicto Quod vi aut clam ad restitutionem operis eum qui nihil aut vi aut clam fecisset, nimirum propter impensam, & diligentiam quæ in eam rem præstanda est. Et tamen non ferunt supradicta verba interdicti vt ad aliud conueniatur qui ex eo conuenitur, quàm vt opus ipse restituat. Ergo quemadmodum fatendum est, possessorem operis, quod vi aut clam factum est non posse cogi, ad operis restitutionem quod alius fecerit eo, siue inuito, siue ignorante, ita fit consequens interdicto teneri eum nullomodo posse, nisi hactenus vt conuento & condemnato eo qui vi aut clam fecit, non possit ipse recusare quominùs patientiam præstet vt alieno sumptu & labore opus tollatur, quod sanè extra causam interdicti est, & ad executionem sententiæ ex interdicto contra eum qui fecit, redditæ, pertinet potius quàm ad ius proponendi interdicti. Nam & prius est vt is ipse qui vi aut clam fecit, condemnetur ad restitutionem & ad impensam tollendi operis, quàm vt de eo quæri oporteat, An patientiam præstare debeat possessor qui nihil fecit. Multò minùs igitur ferendum erit vt Saluiano interdicto tertius possessor cōueniatur, cùm interdictum Quod vi aut clam si quod vllum aliud maximè in rem scriptum sit *l. 5. §. vlt. D. quod*

Digitized by Google

vi aut clam. quod de Saluiano interdicto nuſpiam ſimiliter proditum eſt, tametſi omnes interpretes vt errori ſuo colorem quærant, id ipſum ſibi fingant, & comminiſcantur. Sanè ſiue ponas interdicti formulam eam fuiſſe quam Eguinatius Baro præſcripſit *ad §. adipiſcendæ Inſt. de interd. & lib. 6. Manual. tit.* 33. ſiue quam Franciſcus Hotomanus excogitauit, nihil omnino eſt in verbis formulæ propter quod videri poſſit interdictum in rem conceptum. Sic enim Baro concepit *Quod in fundum Lucij Titij pignoris nomine induxiſti, intuliſti, aut creditori obligaſti, qua de re agitur quominus id ei adprehendere liceat, vim fieri veto.* Hotomanus verò in hunc modum, *Quod tu illi mercedis cauſa oppignoraſti qua de re agitur, ad illi reſtituas.* Nec aliud ſonabunt etiam verba edicti ſi cum eodem Barone ſic ea concipias: *Si quis in fundum conductum quod induxerit, intulerit, aut creditori obligauerit pignoris nomine eius adprehendendi gratia locatori creditorive in eum interdictum dabo.* Etſi neque edict, neque interdicti formulæ iſtæ mihi placeant. In quibus ſcilicet prætermiſſa eſt mentio pacti de obligandis rebus coloni, quæ tamen minimè omnium prætermitti debuit ad exprimẽdam vim Saluiani interdicti: Quod Iuſtinianus noſter ſic explicat *in dict. §. interdictum quoque*, vt dicat eo interdicto vti dominum fundi de rebus coloni quas is pro mercedibus fundi pignori futuras pepigiſſet: Ita oſtendens apertiſſimè quod tamen nemo videtur obſeruare Saluianum interdictum non tam ex iure pignoris per pactum contracto proficiſci, quàm ex pacto ipſo de dando pignore, vt quamuis reuera vinculum pignoris nullum contractum ſit in rebus quas colonus in fundum conductum induxerit, & inuexerit, puta quòd fuerint alienæ, aut qua alia de cauſa obligari prohibitæ, non eo minùs tamen interdictum earum nomine competat ex ſola poteſtate pacti. Quæ prima & præcipua differentia eſt inter Seruianam actionem, & interdictum Saluianum. Seruiana enim actio datur locatori de rebus coloni, quæ pignoris iure pro mercedibus fundi ei tenentur, vt idem Iuſtinianus ſcribit *in §. item Seruiana Inſt. de action.* Saluianum verò interdictum non de iis tantùm quæ tenentur, iure ac vinculo pignoris, ſed de iis etiam quæ nec tenentur, nec teneri poſſunt, dummodò pactum interuenerit vt pignori forent. Itaque qui agit Saluiano interdicto, non dicit res illas de quibus agit eſſe ſibi reuera, ſiue expreſsè, ſiue tacitè obligatas, ſed hoc tantùm contendit, conueniſſe pacto inter ſe & conductorem vt pignori obligatæ eſſent. Proinde non ſufficiet, quòd res illæ in fundum conductum illatæ & inductæ ſint ſi non etiam illud concurrat vt pignoris nomine inductæ ſint: At nec illud rurſum impediet Saluianum, quod eæ res nullo pignoris vinculo reuera teneantur ſi modò per pactum conuenerit vt tenerentur, nempe quoniam in Seruiana de iure pignoris agitur, in Saluiano autem non niſi de poſſeſſione: ideóque ſufficit eas res de quibus agitur poſſeſſas fuiſſe à colono etiamſi dominus earum non fuerit, ſed tamen ita poſſeſſas fuiſſe oportet vt de iis quoque tanquam ſuis oppignerandis conuenerit. Quis enim tam ſtultus eſſet creditor, vt eam rem pignori acciperet, quam ſciret eſſe alienam? Fingatur, intuliſſe colonum in fundum à ſe conductum res ſibi commodatas, vel penes ſe depoſitas, ſi intulerit vt eſſent pignori, & conſequenter quaſi ſuas, non ideò quidem erunt pignori, quia cùm ſint alienæ obligari à non domino non potuerunt, ſed tamen competet locatori etiam pro eis Saluianum, quia verum eſt de iis pactum interceſſiſſe. At ſi de iis obligandis nihil conuenerit, non ob id ſolùm earum nomine dabitur Saluianum

num quod inuectæ & illatæ fuerint, cùm neque obligatæ sint, neque pactio vlla interuenerit vt essent obligatæ. Idémq; erit si ponas pepigisse cõductorẽ de bonis suis omnib. quæ in fundum induxisset, obligandis, nam pactũ quod ille de rebus suis adhibuerit, ad eas non porrigetur, quæ sunt alienæ, nisi eas alienas esse dissimulauerit, & inuexerit in fundum tanquam suas, & ea mente vt essent pignori. Deniq; Saluianum interdictum non ad res omnes coloni pertinet, neque rursum ad eas solas quæ pignoris vinculo teneantur, sed ad omnes illas tantùm de quibus obligandis conuenit per expressam pactionẽ. Meritóque in hoc notatus à cæteris & reprehensus est Accursius ad *d. §. interdictum quoque*, vbi ait tacitam pactionem quæ ex sola illatione colligatur, hoc casu sufficere, nec requiri expressam.

ERROR TERTIVS.

De interdicto De migrando, & quid probandum habeat, qui aut illo interdicto, aut Saluiano experitur.

SIMILE est quod Vlpianus noster in interpretatione edicti, *De migrando & in l. 1. §. penult. ill. tit. de migrand.* notandum esse, ait, Prætorem in edicto & interdicto illo non exigere vt res illata in bonis fuerit conductoris, nec vt sit pignori, sed hoc tantùm vt pignoris nomine inducta sit, ex quo infert, siue aliena res sit, siue talis quæ alia de causa pignoris nomine teneri non potuerit, si tamen pignoris nomine inducta sit, interdicto illi locum fore: Quod si inducta quidẽ sit, sed non pignoris nomine, non poterit, inquit, retineri à locatore, vt intelligamus retentionem rerũ ab inquilino illatarum permissam esse verbis edicti De migrando non tanquã aut expressè aut tacitè obligatarum, sed tanquã earum de quibus conuenerit vt pignori essent. Vnde coniectura capi potest non improbabilis, sicut in ordine ac serie edictorum interdicti Saluiani mẽtio facta est post interdictum De migrando, ita similibus verbis conceptum fuisse vtrumque edictum, cùm vtrumque sit de rebus conductoris, sed edictũ De migrãdo, De rebus inquilini: Edictũ verò de Saluiano interdicto De rebus coloni, illud de rebus illatis in prædium vrbanum, hoc verò de illatis in rusticum. Illud in fauorem & gratiam inquilini, sed ita demùm si vel pensionem soluerit, vel per eum non steterit, quominùs sit locatori satisfactum, ac proinde cõtra inquilinum vi ipsa si nõ soluerit: hoc verò contra colonum qui pensionem pro rustico prædio debitam non soluit, nec aliter satisfecit, & consequenter in gratiam coloni ne inquietetur si soluerit, vtrumque prohibitorium est, sed edictum de migrando ne vis fiat conductori vrbani prędij quominùs liceat ei omnia quæ inuexerat pignora, migrando abducere, si soluerit. Edictum verò de Saluiano interdicto ne vis fiat locatori volenti adprehendere possessionem pignorum in fundum illatorum si pensio non sit soluta. In summa id egit prætor vtroque edicto vt prospiceret locatori prædij, siue vrbani, siue rustici cui mercedis nomine satisfactum non esset. Sed hoc amplius edicto De migrando prospexit etiam inquilino iam liberato aduersus iniuriam locatoris: Eáque fuit præcipua causa edicti, at non æquè per edictum de Saluiano interdicto prospexit conductori & colono aduersus locatorem, ideò fortasse quòd minùs necessarium id videretur,

cùm difficiliùs & rariùs accidat, vt colonus à prædio rustico migrare, & quæ in illud inuexerat pignora secum abducere per locatoris iniuriam prohibeatur. Quare non quemadmodum Caius *in l. 2. De migrand.* monet interdictum illud vtile esse inquilino etiam de his rebus quæ non ipsius sunt, sed fortè commodatæ ei, vel locatæ, vel apud eum depositæ, nempe quia inquilini sanè interest, vt non prohibeatur eas quoque res abducere quas domino restituere tenetur, ita etiam possit quis dicere interdictum Saluianũ posse vtile esse contra colonũ de rebus ei commodatis, vel locatis, vel apud eum depositis, cùm nõ magis de iis obligandis paciscì, quàm eas obligare colonus potuerit, nisi dolo malo dissimulauerit, fingens suas esse: Quo casu iam diximus perinde Saluianum pro iis competere, atque pro cæteris rebus obligatis, cùm pactum generale interuenit de rebus, præsertim quæ in fundum inductæ sint, omnibus obligandis. Cùm igitur ea sit condicio & natura interdicti Saluiani, vt nec aliter competat, quàm si pactum expressum de pignore interueniat, neque de aliis rebus quàm de quibus obligandis per pactionem expressam actum est, apparet non posse fieri vt aduersus alium detur hoc interdictum quàm aduersus paciscentem eiúsve successores vniuersales, nec vt alius huiusmodi interdicto teneatur, quàm cui tale pactum nocere possit: Ne alioqui latiùs pateat effectus, quàm sua causa. Porrò quis nescit pactorum omnium quæ inter alios inita sunt eam esse rationem vt alijs neque nocere debeat neque prodesse? *l. si vnus 27. §. pacta quæ turpem in fin. D. de pact.* Ergo neque Saluianum dari vllomodo potest contra tertium possessorem qui pactus non fuit, neque separandum est interdictum vtile à directo, vt hac parte fit ab interpretibus. Tunc enim hæc distinctio admitti solet, cùm edicti verba ex quibus directum interdictum æstimatur, ita deficiunt, vt tamen sententia & mens Prætoris non deficiat. Descendit siquidé vtile ex mente & sententia prætoris, quomodo directum ex verbis, sententia verò prætoris deficere non creditur eo demum casu, quo non deficit ratio edicti. Atqui non alia ratio fuit proponendi Saluiani interdicti, quàm quòd æquum videretur conseruari saluum locatori ius pacti in rebus coloni, quas pro pensionibus fundi pignori futuras pepigisset. Cessante igitur potestate pacti, quæ cessat haud dubiè contra tertium possessorem qui in ius paciscentis vel nullomodo, vel non nisi titulo singulari successerit, potestatem quoque Saluiani tòtam euanescere necesse est, vt non magis vtili interdicto, quàm directo locus esse possit. Et verò quomodo fieri obsecro potest, vt interdictum hoc in rem concipiatur, quod non aliam causam habere possit, quàm pactum, in personam duntaxat non in rem conceptum? Dicat aliquis, Pactum de obligandis rebus coloni in prædium rusticum illatis licèt solam paciscentis coloni personam liget, tamen ipsam rem afficere, cùm nudo illo pacto ius pignoris in omnibus illis rebus constituatur, *d. §. item Seruiana Inst. de actio.* Quid mirum igitur si Saluianum, quod ex eiusmodi pacto proficiscitur, etiá contra quemcunque rerum obligatarum possessorem detur? Verùm iam diximus non dari Saluianum pro rebus coloni obligatis tanquam obligatis, sed tanquam in pactum deductis, vt obligarentur. Alioqui nec de aliis rebus competeret, quàm quæ essent reuera obligatę, & perinde adigendus esset locator ad eas angustias vt probandum necessariò haberet ius pignoris bene constitutum, & in necessarium antecedens fuisse res illas in dominio, aut saltem in bonis sui debitoris, atque si quasi Seruianam & hypothecariam

exer-

Digitized by Google

exerceret. Quæ res aufferret ei commodum interdicti, eſſétque aliena penitus à propoſito prætoris qui in edicto & interdicto illo proponendo id egit præcipuè, vt faciliorem redderet locatori pignorum perſecutionem, nulla ei alia neceſſitate iniuncta quàm probandi pacti, cuius tamen probatio agenti hypothecaria eſſet inutilis, ſi non & poſſeſſio & dominium quoque debitoris in rebus pignori datis probaretur. *d. l. & quæ nondum* 15. *§. quod dicitur iunct. l. 1. §. cùm prædium D. de pignor. l. ante omnia* 23. *D. de probat.*

ERROR QVARTVS.

De poſſeſſione debitoris quam interpretes probari volunt in Saluiano interdicto.

IN eóque rurſum videntur mihi valde erraſſe omnes quotquot vnquam de interdicto iſto ſcripſerunt interpretes, quod putant eum, qui Saluiano experitur probandam neceſſariò habere, poſſeſſionem conductoris eo tempore quo conuenit de pignore: quemadmodum in hypothecaria probandum vtique haberet dominium debitoris. Nam cùm hoc interdictum non ſit retinendæ poſſeſſionis, ſed adipiſcendæ, vt toties diximus, quid refert poteſt an colonus res pignoris nomine illatas poſſederit tempore conuentionis an non poſſederit? an non ſatis eſt locatori quod poſſeſſionem illam colonus habeat eo tempore quo interdictum proponitur, vt eam adipiſci locator ipſe poſſit? Ideóque nimirũ nec in hypothecaria illud requiritur vt creditor probet eas res quas iure pignoris perſequitur fuiſſe poſſeſſas à debitore tùm cùm inter illos conueniebat de pignore, ſed ſufficit, vt probet dominium, quod ſine poſſeſſione habere facilè debitor potuit, cum qua nihil commune proprietas habet: Eſtque vno tantùm illo caſu neceſſaria poſſeſſionis probatio, quo creditor voluerit fieri exinde poſſeſſor pignorum per clauſulam conſtituti, cùm fieri nequeat vt per conſtitutum translata ſit poſſeſſio eius rei quam conſtituens non poſſidebat *vulg. l. quod meo* 18. *D. de acquir. poſſ.* Niſi proponas obligata fuiſſe cum clauſula conſtituti bona omnia præſentia & futura, quo caſu ſicuti futurorũ obligatio ritè contrahitur, vt ex die acquiſitionis pignori obligata cenſeantur: ita & poſſeſſionem ex eodem die in creditorem tranſlatam videri placet. Cur ergo agentem interdicto Saluiano cogemus probare rem fuiſſe poſſeſſam à debitore tùm cùm paciſcebatur de pignore, vt cõdicionem ipſius hac parte duriorem faciamus, quàm ſi hypothecariam exerceret? Sed etſi conductor non poſſideat tempore propoſiti interdicti, aut ſi cùm poſſideat, neget tamen ſe poſſidere, nihilomagis arctandum puto locatorem vt probet conductoris ſui poſſeſſionem. Non enim id agitur hoc interdicto, vt poſſeſſio conductoris transferatur in locatorem, ſed hoc tantùm vt poſſit locator adipiſci poſſeſſionem, quod nihil aliud eſt, quàm incipere poſſidere, nec iubet prætor colono vt locatorem faciat poſſeſſorem, ſed tantummodò vetat ne vim faciat locatori pignoris poſſeſſionem adprehendenti, quod perinde præſtare poteſt conductor qui non poſſidet, atque is qui poſſidet, adeóque tantò cõmodiùs quantò minùs eius intereſt qui non poſſidet, cùm etſi poſſideret, hoc ipſo tamen quod negaret ſe poſſidere poſſeſſionem amitteret in pœnã mendacij *l. vlt. D. de rei vindic.* Neque ideò verendum eſt, vt inutile ſit locatori interdictum aduerſus conductorem ad poſſeſſionem adipiſcendã, quam

Digitized by Google

conductor ipse non habeat, non solùm quia vacãs possessio faciliùs adprehendi potest quàm quæ non vacat, sed etiam quia fieri facilè potest, vt rei iudicatæ tempore conductor eam rem possideat quam non possederit antea, neque propositi interdicti tempore, neque litis contestatæ, quod sufficit vt tenere possit interdictum *arg. l. quòd si in diem 16. in princip. l. si à domino 36. §. pen. D. de petit. hered. l. si autem 27. §. 1. D. de rei vindic. l. quæsitum 30. in princip. D. de pecul.*

ERROR QVINTVS.

De differentia interdictorum adipiscendæ possessionis & petitorij etiam quod ad possessionem.

LET in hoc quoque differt valde interdictum Saluianum ab actione hypothecaria, nec minùs à directa rei vindicatione. Nam neque dominij, neque pignoris vindicatio aduersus alium dari potest quã qui vel adhuc possideat, vel dolo malo desierit possidere, vel se liti obtulerit tanquam possessor cùm non possideret. Hos enim posteriores tametsi reuera nõ possideant, pro possessorib. tamẽ habendos & condẽnãdos esse placet *l. qui se liti 45. D. de petit. hered. l. is qui se obtulit 25. l. qui petitorio 36. D. de rei vindic. l. si fundus 16. §. in vindicatione D. de pignor.* Nimirũ, quia per vtrãq; vindicationẽ, siue dominij, siue pignoris, id agitur, vt qui possidet, restituere iubeatur, & ni restituat quãti actoris interest condemnetur *l. qui restituere 68. D. de rei vindic.* fieri autem non potest vt rei possessionem restituat, qui eam non habet *l. officium 9. eod.* Quod tamen non satis benè ab interpretib. nostris obseruatum videtur, qui solent dicere interdicta adipiscendę possessionis sapere naturam petitorij, quasi non in alio differant, quàm quòd in petitorio disputatur de dominio, in istis verò interdictis de possessione, cùm tamẽ verùm sit differre illa inter se etiam ratione possessionis, adcóque etiam ex parte agentis, quippe qui licèt vtrâque via possessionem adipisci & nanciscì desideret, tamen in interdicto contendit de possessione, in petitorio autem iudicio non tam de possessione quàm de domino aut de iure pignoris, vt explicabimus in sequentibus, sed differunt multò magis ex parte rei qui conuenitur, quem in petitorio necesse est possessorem esse aut saltem pro possessore haberi: at in interdicto non est necesse. Et ratio differentiæ est, quoniam interdicta adipiscendæ possessionis omnia sunt prohibitoria, & sic concepta vt Prætor vim fieri vetet ei quem vult posse adipisci possessionem: proinde non ad aliud obligant eum qui conuenitur, quàm vti ne vim faciat actori possessionem adprehendenti, quod vt præstare possit, nil necesse est eum possidere. Actio autem petitoria non prohibitionem, sed iussum implorat iudicis, vt is qui conuenitur, eam rem de qua agitur, restituere iubeatur. Supponit igitur habere illum restituendi facultatem ne alioqui agere frustra videatur, vt scriptum est *in l. qui petitorio 36. D. de rei vindic.* quam porrò habere non aliter potest, quàm si rei detentionem habeat corporalem. Dixi *detentionem* non *possessionem*, quoniam & directa rei vindicatio & hypothecaria contenta est vt qualisqualis possessio, id est etiam illa, quæ magis propriè nuda, & asinina detentatio vulgò appellatur, sit penes possessorem, si quidem sufficit illa vt qui conuenitur tanquam

possess-

poſſeſſor habeat facultatem reſtituendi, vtque ex eo inducatur arbitrium iudicis ad condemnandum reum in id omne quod intereſt actoris ſi res non reſtituatur *d.l.officium 9. in fi.eod.* At interdicta ſiue adipiſcendæ poſſeſſionis ſint, ſiue retinendæ, ſiue recuperandæ non niſi ad veram poſſeſſionem pertinent,& in ijs omnibus id agit prætor,vt eum cui dat interdictum aut faciat, aut retineat verum poſſeſſorem.*d.l.officium.* Quæ alia nec contemnenda differentia eſt inter actiones in rem, & interdicta. Concludamus ergo Saluianum interdictum, quoniam & adipiſcendæ poſſeſſionis, & prohibitorium eſt, non exigere vt is contra quem proponitur aut poſſeſſor ſit eo tempore quo conuenitur, aut fuerit eo tempore, quo de pignore paciſcebatur,& ideò nulla probatione alia onerandum eum qui Saluiano experitur, niſi quòd is cum quo experitur conuenerit de pignore: quam conuentionem certum eſt fieri poſſe ab illo etiam qui non poſſideat, ſicut & ab eo qui non ſit reuera dominus, quamuis non niſi prorſus ineptè ab eo qui ſe dominum eſſe non putet ne quidem per mendacium, quia ſicuti ſolus ille qui verè dominus eſt, aut qui veri domini voluntatem habet poteſt ius & vinculum pignoris conſtituere, ita nec fieri poteſt vt quiſquam paciſcatur de pignore,niſi tanquam dominus,non etiam quaſi poſſeſſor: Nec enim ſicut dominij,ſic & poſſeſſionis neceſſitas vlla ſubeſt ad pignus vtiliter conſtituendum.

ERROR SEXTVS.

De ſententia & lectione l.1.§.1.D.de Saluian.interd.

QVOD interpretibus & pragmaticis noſtris placet poſſe Saluianum interdictum ſi non directum ſaltem vtile competere locatori etiam contra tertium poſſeſſorem,quamquam ſine ratione eſt, & contra verba *l.1.C.de precar.& Saluian.interd.* vt in ſuperioribus oſtẽdimus, non tamen eſt ſine lege,idipſum enim duobus locis reſponſum videtur à Saluio Iuliano qui huius interdicti author eſſe creditur *in l.1. in princip. & §.1.ff. ill.tit.de Saluian.interd.*Principio legis ait Iulianus,ſi colonus ancillam in fundum pignoris nomine induxerit,& eam vendiderit,quod apud emptorem ex ea natum eſt eius adprehendendi gratia vtile interdictum reddi oportere: quod omnes ſic accipiunt, vt interdictum hoc vtile reddendum ſit pro partu ancillæ etiam contra emptorem. Quanto magis pro ancilla ipſa competet quam ponimus expreſſim obligatam fuiſſe?ſic enim argumentatur Iacob.Menoch.*in remed.3.adip.ſc.poſ.quaſt.7.nu.*56.At *in §.1.*idem Iulianus ſcribit apertiùs, ſi colonus res aliquas in fundum duorum pignoris nomine intulerit,ita vt vtrique in ſolidum obligatæ eſſent,ſingulos aduerſus extrancum Saluiano interdicto rectè acturos,Inter ipſos verò ſi interdictum hoc reddatur,meliorem poſſidentis condicionem fore.Ex quibus verbis conſtat apertiſſimèSaluianum interdictum non aduerſus conductorem tantummodò competere locatori,vt diſertè ſcriptum eſt *in d.l.1.C.de p.e ar.*ſed etiam contra extraneum poſſeſſorem? & inter locatores ipſos ſi plures eſſe,ac de earundem rerum oppigneratarum poſſeſſione cõtendere proponantur. Ac quamquam non aperit Iulianus an interdictum illud directum cenſeri debeat,an vtile, adeóque in dubio de directo potiùs quàm de vtili ſenſiſſe Iulianum credendum eſt, Attamen non dubitant interpretes quin de vtili potiùs accipiendum illud ſit,

Digitized by Google

tum quòd in præcedente responso expressam vtilis interdicti mentionem Iulianus fecerit: Tum maximè ne alioqui fatendum necessariò sit pugnare Iuliani responsum cum rescripto Imperatoris *in d. l. 1. C. de precar.* quarum legum aliter conciliandarum nullam satis bonam rationem esse omnes fatentur. Nos verò probauimus in superioribus interpretationem hanc neque menti Imperatoris, neque rescripti verbis conuenire, nec minùs de vtili quàm de directo interdicto Saluiano intellexisse Gordianum, cùm rescripsit, interdictum hoc tantummodò contra conductorem debitorémque dari. Quod subsentientes quidam ex interpretibus ausi sunt dicere corruptum esse rescriptum Gordiani, totámque illam parenthesim. *id enim tantummodò aduersus conductorem debitorémve competit*, tanquam interlinearem & irreptitiam delendam esse, vt & alia non pauca quæ & imperitorum interpretum glossis in responsa prudentum rescriptáque Imperatorum irrepsisse negari non potest. Ita namque Antoninus Tessaurus Decis. Pedemont. Ne tamen istis succenseam illud facit quod non possum mihi persuadere, aut Imperatorem à Iuliano in quæstione ista dissensisse, aut Iulianum tantę authoritatis & eruditionis virum, siue author interdicti fuerit, siue non fuerit, ius illud ignorasse quod Imperator non sine multorum prudentum consilio habuerit pro certo & explorato, Neque tamen possum probare, quod iidem volunt, sic emendandum textum Codicis vt totam illam parenthesim deleamus, qua etiam deleta, illud tamen verum remanebit quod in eadem lege scriptum superest, si locatore non remittente pignus, id est non expressim consentiente conductor ea quæ locatori obnoxia sunt, vendiderit, integrum quidem ius esse locatori ea persequi at non interdicto Saluiano, sed actione Seruiana, vel etiam vtili, id est quasi Seruiana & hypothecaria. Quid enim aliud adfirmamus, nisi hoc ipsum quod lex ait, Saluiano interdicto contra extraneum emptorem locum non esse? Quòd si ad declinandam obiectionem, confugias ad illam distinctionem Saluiani directi & vtilis quam nos improbamus, quid ergo attinet parenthesim delere, quam tametsi retineas, perinde possis ac præcedentia legis verba de vtili interdicto interpretari, vt faciunt cæteri qui nihil emendant. Taceo quod ratio ipsa iuris quæ primùm inquirenda semper, tenendáque est, euincit necessariò verum esse quod isti tanquam falsum delent, Saluianum interdictum tantummodò aduersus conductorem debitorémve dari, cùm nascatur interdictum ex sola pacti potestate: pactum autem non alij nocere possit aut debeat, quàm ipsi paciscenti. Ergo emendandus omnimodo est textus Iuliani *in d. l. 1. §. 1.* & ad Seruianam actionem non ad Saluianum interdictum accommodandus. Quod vt sentiam præter ea, quæ iam dixi, me illud etiam valde mouet, quod illam ipsam speciem quam Iulianus tractat *in d. §. 1.* tractatam video ab Vlpiano *in l. si debitor 10. D. de pignor.* ijsdem penè verbis, eodem sanè sensu, nulla tamen Saluiani interdicti, sed tantùm Seruianæ actionis facta mentione, de cuius legis sententia nunc videamus.

ERROR SEPTIMVS.

De sententia & ratione l. si debitor 10. D. de pignor.

ide-

Digitized by Google

SI debitor, inquit Vlpianus, res suas duobus simul pignori obligauerit, ita vt vtrique in solidum obligatæ essent, singuli in solidum aduersus extraneos Seruiana vtentur, Inter ipsos autem si quæstio moueatur, possidentis meliorem conditionem esse: dabitur enim possidenti hæc exceptio *si non conuenit vt eadem res, mihi quoque pignori esset.* Si autem id actum fuerit, vt pro partibus res obligarentur, vtilem actionem competere, & inter ipsos & aduersus extraneos per quam dimidiæ partis possessionem singuli adprehendant. Quæ posterior pars sententiæ Vlpiani nec à Iuliano prætermissa est *in d. l. 1. §. 1.* vbi addit ille, At si id actũ fuerit vt pro partibus res obligarentur, vtilis actio & aduersus extraneos, & inter ipsos reddi debebit per quam dimidias partes possessionis singuli adprehendent. Cùm verò Iulianus anterior & antiquior fuerit Vlpiano non minùs tempore quàm authoritate, dubitandum non est quin Vlpianus sententiam suam à Iuliano mutuatus sit, non Iulianus ab Vlpiano, nec proinde quin idipsum scripserit Iulianus *in d. l. 1. §. 1. de Saluian. interd.* quod ex Vlpiano scriptum legimus *in d. l. si debitor.* Atquin Vlpianus apertè loquitur de Seruiana actione tantùm, Iulianus verò non nisi de Saluiano interdicto: ergo aliquid necessariò emendandum est vel apud Vlpianum, vel apud Iulianum. Non apud Vlpianum, quia nemo dubitat quin verissimum illud sit quod ait Vlpianus de actione Seruiana, Competere illam singulis creditoribus & in solidum, & aduersus extraneos, quoties debitor res suas simul pignori obligauit, ita vt essent vtrique in solidum obligatæ: At non æquè certum est quod de Saluiano interdicto scriptum legimus ex Iuliano *in d. l. 1. §. 1.* Hoc enim illud est de quo nunc disputamus. Emendandus ergo est Iulianus potiùs quàm Vlpianus, præsertim cùm Vlpiani sententiæ neque ratio, neque alius vllus iuris locus obstet, Iuliani autem dicto repugnet manifestissimè rescriptum Imp. Gordiani *in d. l. 1. C. de precar.* Addo quòd ex eodem ipso contextu Iuliani, apparet tractasse illum in ea specie de actione Seruiana, Cùm quod ille ait vtilem actionem & aduersus extraneos, & inter ipsos dari debere per quam dimidias partes possessionis singuli adprehendant, si actum id fuerit, vt pro partibus singuli obligarentur, non de alia possit accipi quàm de quasi Seruiana & hypothecaria, quomodo ferè omnes vulgò interpretantur. De qua enim alia intelligeretur? An fortè de vtili Saluiano? Minimè gentium. Interdictum namque vtile illud dicitur, nõ vtilis actio: Nec vnquam interdicti & actionis nomina sicuti nec iura confunduntur, quãuis placeat actionis verbo generaliter sumpto etiam interdicta cõtineri *l. actionis 37. D. de oblig. & act.* idque hodie multò probabiliùs quàm olim post substitutas in locũ interdictorũ extraordinarias & vtiles actiones *§. vlt. Inst. de interd.* Et verò ita esse apparet euidentiùs ex eo quod Vlpianus *in d. l. si debitor* iisdem planè verbis vtitur, & de vtili quoque actione loquitur, cùm tamen in præcedentibus non de Saluiano interdicto, sed de Seruiana tantùm actione locutus fuisset. Neque enim dubitandum est quin vtilem actionem Vlpianus eo loco intelligat illam quæ opponatur directæ de qua priùs fuerat locutus. Ergo quemadmodum præcedens mentio Seruianę apud Vlpianũ cogit nos vt quod ait de vtili actione interpretemur de vtili Seruiana, ita è contrario subiecta mentio vtilis actionis apud Iulianũ quæ non de alia possit intelligi, quàm de vtili Seruiana, facere debet, vt in præcedentibus credendum sit Iulianum, neque de Saluiano interdicto

neque de alia actione locutum esse quàm de Seruiana. Alioquin si dicamus in priore illa Iuliani specie, cùm colonus res suas in fundum duorum pignoris nomine intulerit, ita vt vtrique in solidum obligatæ essent, tale ius esse, vt Saluianum interdictum, siue directum, siue vtile debeat competere locatori etiam contra extraneum emptorem, itémque actio Seruiana si eam proponere locator malit, quidni etiam dicemus in posteriore casu Iuliani, quo non directa Seruiana, sed vtilis tantùm, & quasi Seruiana possit competere, æquè interdictum Saluianum vtile competiturum? An fortè difficilius est vt vtile Saluianum competat, quàm vt vtilis Seruiana? An non è diuerso facilius est vt interdicta dentur, quæ sunt de sola possessione, quàm vt actiones quæ sunt de iure litigatorum, & dominij aut pignoris quæstionem implicitam habēt? Quare nec dissimulare potest Cuiacius *lib. 5 Obser. cap. 24.* quin agnoscat aut suspicetur manum Triboniani *in d. l. 1. §. 1. de Saluian. interd.* quasi Iulianus quidem scripsisset in priore specie & Seruianam actionem competere, & interdictum Saluianum: Tribonianus verò Seruianæ mentionem sustulerit, Saluiani retinuerit, cùm legem eam poneret *sub tit. De Saluiano interdicto.* Sed cùm fateatur Cuiacius residere adhuc apud Iulianum Seruianæ actionis mentionem, quis credat circumscriptum à Triboniano nomen Seruianæ actionis directæ, vtilis verò relictum? Sed me illud magis mouet, quod iam ostendi rationem iuris non pati vt Saluianum interdictum, siue directum, siue vtile, aliáve vlla actio quàm Seruiana competat locatori aduersus extraneū possessorem. Nec magis illo casu quo conuenit vt res in fundum communem inductæ vtrique domino essent obligatæ, quàm eo quo conuenisset vt singulis pro partibus obligarentur. Neque verò credibile est præterm isſūrum fuisse Vlpianum mentionem Saluiani interdicti cùm Iuliani sententiam licèt suppresso ipsius nomine referret, si de Saluiano quoque in ea specie reddendo Iulianus aliquid scripsisset. Potuit sanè Tribonianus, & debuit generaliorem facere sententiam Vlpiani *in d. l. si debitor* posita *si bi tit. De pignor.* quàm fuisset Iuliani *in d. l. 1. §. 1. de Saluian. interd.* vt suis titulis leges conuenirent, ob eámque causam ad debitorem quemlibet accommodare, quod Iulianus scripserat de colono: Latiùs enim patet nomē debitoris quàm eius, qui tantùm ex conductionis causa debitor est *l. creditores 10. cum duab. seq. De verb. signific.* Sed non debuerat ea res facere, vt apud Vlpianum delenda esset mentio Saluiani interdicti, cùm appellatione debitoris de quo Vlpianus tractabat colonus etiam contineretur, magnáque sit vtilitas Saluiani eo quoque casu, quo Seruiana siue directa, siue vtilis exerceri possit. Fateor non posse dubitari, aut tractari de Saluiano, siue directo, siue vtili an cōpetat, nisi cùm agitur de rebus coloni, aut à colono pro fundi mercede obligatis, vt in sequentibus manifestiùs ostendemus. Sed hoc contendo, cùm Vlpianus *in d. l. si debitor*, tractans generaliter de quolibet debitore tractaret etiam de colono, non debuisse apud Vlpianum tolli mentionem interdicti Saluiani, si quo casu fieri poterat, vt interdictum illud, siue directum, siue vtile locum haberet, & concurreret cum Seruiana. Erítque ratio hæc nostra efficacior si cum interpretibus admittas, quod nos multò magis negamus, reddi posse Saluianum vtile contra quemlibet possessorem, etiamsi ex alia, quàm conductionis causa debeatur. Quidni enim reliquisset Tribonianus apud Vlpianum mentionem vtilis Saluiani, quam apud Iulianum reliquerat, sicut vtrobique mentionem reliquit vtilis Seruianæ?

ERROR

Digitized by Google

ERROR OCTAVVS.

De emendanda Iuliani sententia in d.l.1.§.1.

ATQVI, inquies, negari non potest, quin de Saluiano interdicto scripserit & sensserit Iulianus, *in d.l.1. §. 1.* verba enim illa sunt apertiora quàm vt cauillari quis possit, *singuli aduersus extraneum Saluiano interdicto rectè experientur.* Ea verò sunt, quæ nos emendatione potiùs quàm interpretatione indigere arbitramur: sicque restituenda esse vt pro dictione *Saluiano*, legamus *Seruia. non* facilè conflato errore ex literarum & dictionum similitudine. Nec enim minùs prope accedit nomen Saluiani interdicti ad nomen Seruianæ actionis, quàm Saluianum ipsum interdictum ad Seruianã actionem, cúmque possent sex illæ priores literæ *Seruia.* cum puncto sufficere ad totam dictionem *Seruiana* exprimendam, potuit sequens negatio *non* duabus illis *no* scribi adiecta supernota quæ literam *n* suppleret, vt solebant veteres librarij, vel notis tantùm, vel quàm paucioribus facere poterant literis omnia scribere. Quod non intelligens imperitus quidam siue interpres, siue librarius, aut typographus is fuit, reposuit *Saluiano*, pro *Seruiana nõ*, siue quòd priores illas literas *Seruia.* separatim sumptas nullius sensus esse videret, siue quod subiecta dictio *interdicto* non de alio, quàm de Saluiano intelligi posse videretur, cùm Seruianum nullum sit interdictum. Dico igitur Iulianum ita scripsisse quomodo ex vera, & necessaria iuris ratione scribere omnimodo debuit, *singuli aduersus extraneum Seruiana, non interdicto rectè experientur*, atque ita fiet commodissimè, vt Iulianus non minùs cum iuris ratione consentiat, & cum Imp. Gordiano, *in d.l.1.C.de precar.* quàm cum Vlpiano *in d.l.si debitor.* Nec idcirco verendum erit, vt locus ille Iuliani non satis accommodatus videatur *ad tit. De Saluiano interdicto.* Tam enim ad titulum illum pertinet scire, non esse locum in ea specie Saluiano interdicto, quàm si scriptum esset locum esse, sufficitque interdicti mentionem superesse, ne quid à Triboniano in ea Iuliani sententia sub illo titulo collocanda minùs appositè factum videatur. Maximè verò cùm in sequentibus in quibus nihil emendamus apertè scriptum sit inter ipsos fundi conducti dominos posse reddi Saluianum illud interdictum, cóque casu meliorem possessoris condicionẽ fore. Tractauit enim Iulianus tres casus in quibus singulis diuersum ius constituit. Primus casus est, si colonus res suas in fundum duorum pignoris nomine intulerit, ita vt vtrique in solidum obligatæ essent, & singuli locatores iidémque domini velint agere contra extraneum, id est tertium possessorẽ, siue Saluiano interdicto quod esset sanè commodiùs, siue Seruiana actione. Secundus casus est si supradicta specie & conuentione supposita velint locatores inuicem agere & Saluianum quoque exercere. Tertius est si id actũ fuerit inter eos & colonum vt pro partibus vtrique res coloni obligarentur. Primo casu ait Iulianus singulos locatores actione Seruiana non interdicto aduersus extraneum rectè experturos, vt *& in d.l.1.C.de precar. & in d.l.si debitor.* 10. *D.de pignor.* Nempe quia Saluianum interdictum non aduersus extraneum competere potest, sed tantummodò aduersus conductorem eundémq; debitorem, qui solus de pignore pactus fuit. Secundo casu nõ quidem negat Iulianus etiam actionem Seruianam inter ipsos locatores dari posse, nihil e-

nim prohibet dari, quod & scriptũ est *in d.l.si debitor*, sed ait interdictum hoc Saluianum inter ipsos reddi posse, quod non tam ab Vlpiano, quàm à Triboniano prætermissũ fuisse *in d.l si debitor*, cõstat manifestè *ex l.vlt.ff.de Saluian. inter d.* in q. hęc eadem sententia proponitur, non tantùm ex eodem Vlpiano, sed etiam ex eodem Vlpiani libro, si credimus Cuiacio qui inscriptionem *dictæ l.vlt.* emendat ex inscriptione *d.l.si debitor*, vt initium vnius cum extremo alterius coniungat. Tertio autem casu negat Iulianus aut actioni directę Seruianæ, aut interdicto Saluiano, siue directo, siue vtili locum esse posse, sed vtilem actionem, id est quasi Seruianam & hypothecariam dari debere ait, & aduersus extraneos & inter ipsos, id est, vt antithesim agnoscas, non tantùm si agant aduersus extraneos, quo casu dictum fuerat in priore specie habituros illos non quidem Saluianum interdictum, sed actionem Seruianam, sed etiam si agunt inter se inuicem, quo casu si prior species tractaretur, haberent illi etiam Saluianum. Ex quo intelligimus Iulianum vbi de priore specie tractauit, distinxisse duos illos casus, & aliter respondisse si locatores singuli aduersus extraneum, aliter verò si inuicem experiri vellent, quod & prior illa antithesis demonstrat *inter ipsos verò*. In posteriore verò specie idem iuris constituere, siue contra tertium singuli, siue inuicem experiri velint, vt scilicet, neque Seruianam habeant, neque Saluianum, sed quasi Seruianam duntaxat, seu hypothecariam. Itaque opponit Iulianus posteriorem speciem priori in totum, cùm ita scribit, *At si id actum fuerit vt pro partibus, res obligarentur, vtilis actio & aduersus extraneos & inter ipsos dari debebit*, vt significet circa posteriorem hanc speciem non esse adhibendam distinctionem quæ circa priorem adhibita fuerat an contra extraneum agere singuli vellent, an inter ipsos. Dices, quod ad priorem speciem attinet, antithesim potiùs in eo esse, non vt singulis detur Seruiana contra extraneum, inter ipsos verò Saluianum, vtroque enim casu Saluianum saltem vtile reddi posse, sed in eo quod licèt vtroque casu possit Saluiano locus esse, tamen cùm aduersus extraneũ singuli agunt, singuli quoque vincũt, alioqui non esset verum quod ait Iulianus singulos aduersus extraneum rectè Saluiano experiri, cùm verò inter ipsos Saluianũ redditur, solus possessor vincit. Ac sanè fatendum omnino est sic antithesim hanc explicandam esse si admittas in primo casu prioris speciei Saluiano locum esse. Verùm præter id quod interpretationem nostram probabiliorem faciunt verba illa posterioris speciei quæ proximè retulimus, & quibus formatur antithesis non tantùm in genere actionis, sed etiam in eo quod idem genus actionis pluribus locatoribus & aduersus extraneos, & inter ipsos accommodatur, illa etiam ratio pro nobis facit, & emendationem nostram mirificè confirmat, quòd quamuis concederem interpretibus quod omnes volunt, Saluianum interdictum saltem vtile dari posse contra extraneum possessorem, fieri tamen consequens nullo modo posset, quod ex Iuliano scriptum legimus *in d.l.1.§.1.* plures locatores aduersus extraneum singulos Saluiano interdicto rectè acturos. Nam cùm is demùm rectè dicatur agere qui sic agendo vincere & obtinere debeat, Interdictum autem Saluianum ad possessionem adipiscendam pertineat, fieri non potest vt ij quibus singulis res conductoris in solidum obligatæ sunt, rectè agunt singuli Saluiano interdicto aduersus extraneum, quin hoc ipso singuli fiant eiusdem rei in solidum possessores: id siquidem demùm est, in Saluiano vincere, fieri scilicet possessorem eius rei de qua obliganda conuenit,

Digitized by Google

uenit, & quidem pro ea ipsa parte quæ in pactum pignoris deducta fuit; in solidum igitur, si agenti interdicto res in solidum obligata fuit. Atqui tractamus de pluribus locatoribus quorum vtrique res fuerit in solidum obligata, id est singulis tota, non pro partibus : Concludendum ergo est si recte agant singuli Sāluiano contra extraneum, fore necessariò, vt totius rei possessionem in solidum quisque adipiscatur, atque ita vt plures eandem rē simul & in solidum possidere incipiant, adeóque authore prætore ac ex interdicto, & consequenter iustè, quod tamen ne fieri possit non tantùm ratio iuris, sed etiam natura ipsa impedimento est, *l. 3. §. ex contrario D. de acquir. poss. l. duo in solidum 19. D. de precar.* Nam etsi Sabinianorum ea fuit sententia vt possit eadem res à duobus simul & in solidum eodem tempore possideri dummodò non eodem genere possessionis, sed ab vno iustè, ab alio iniustè *l. & habet 15. §. eum qui precario eod. tit. & d. §. ex contrario*, quam sententiam Iulianus quoque noster tanquam Sabinianus secutus fuit, vt constat *ex d. l. duo in solidum*, omnes tamen consentiunt eandem rem à pluribus iustè possideri in solidum non posse aut à pluribus iniustè, sicut nec quisquam diffitetur iustè possidere illum qui prætore authore possidet *l. iustè 11. D. de acquir. poss.* Et authore prætore illum possidere qui ex causa interdicti adeptus est possessionem *l. is qui destinauit 24. D. de rei vindicat.* Nam & inde fit vt in ea possessione omnimodo illum tueri prætor debeat. Non magis igitur fieri potest, vt plures locatores de eadem re Saluiano interdicto rectè agant singuli, quā vt prætor faciat eos singulos eiusdem rei iustos in solidum possessores. Seruiana proinde actione experiri eos necesse est vt rectè experiantur, nec se inuicem impediant, quomodo aliis plerisque casibus euenit vt pluribus actio aliqua in solidum competat, & tamen neuter exercere illam possit, ipsis se mutuò impedientibus si non priùs inter se consentiant, vt in *l. quoties 34. in princip. D. de vsufr. l. 2. in fi. D. quib. mod. vsusfr. amitt. l. huiusmodi 84. §. vlt. de leg. 1.*

ERROR NONVS.

De differentia Seruianæ actionis & Saluiani interdicti, itémque directæ vindicationis si plures de eadem re in solidum agere velint.

QVÆRO verò non sicut in Saluiana [illegible] etiam in Seruiana [illegible] ac Saluianum [illegible] ad auocandum diunt, cùm Ser. *l. si debitor in fi. [illegible] eam venditor 66. D. de euict.* Respondeo non inconsequenter, vt arbitror, [illegible] hac parte Seruianæ & Saluiani interdicti rationem, quòd per Seruianam licèt possessio auocetur in effectu, non tamen de adipiscenda possessione contendit creditor, sed de iure tantùm pignoris, eandem verò rem pluribus creditoribus simul in solidū obligari nihil vetat, vt nec pluribus in solidū vendi dū ne diuersis temporibus *l. qui duobus 21. D. ad leg. Cornel. de falsi. l. 3. §. 1. D. de crimin. stellion. l. si quis 36. §. 1. D. de pignor. act. l. & quæ nondum 15 §. vlt. D. de pignor.* Nec ad hoc Seruiana exercetur vt condemnetur possessor ad faciendum creditorem possessorem, sed quoniam arbitraria actio est, in id tātùm competit vt nisi res obligata iudicis arbitrio restituatur condemnetur possessor quanti interest petitoris *l. si fundus 16. §. in vindicatione eod. tit. de pignor.* Ad aliud porrò teneri possessor non potest, quàm vt eam rem quæ petitur, semel resti-

tuat, siue ab vno tantùm creditore, siue à pluribus quibus in solidum singulis res obligata fuerit, conueniatur. Quid enim aliud præstare possit aut iubex præcipere, nisi vt semel eam restituat? Cúmque restitutio sit facti, necesse est restitutæ rei possessionem diuidi inter petitores, vt qui singuli egerunt in solidum Seruiana, non pro partibus, cogantur tamen contenti esse solida rei restitutione pro sua quisque parte indiuisa: Quidni verò, cùm etiam aliquando contingat, vt in solidum agi necesse sit, & tamen partis solutio adferat liberationem? vt *in l. in executione 85. §. in solidum de verb. oblig.* Proinde nihil causæ est, cur plures Seruianam in solidum eiusdem rei nomine exercere prohibeantur, aut cur se inuicem impediant, quia & obligatio pignoris, & actio quæ de pignore instituitur, tota iuris est non facti: Iuris autem eadem ratio non repugnat, quominùs eadem res, vt diximus, & obligata sit pluribus in solidum & obligata esse dicatur. At per interdictum Saluianum id solùm intenditur, vt qui agit, possessionem adipiscatur fiátq; possessor, & quidem in solidum si rem de qua agit, habuit in solidum obligatá, & ad personam illius qui conuenitur, interdictum refertur, non vt aliquid faciat, sed vti ne vim faciat ei quem prætor vult fieri possessorem. Itaque si prætor patiatur plures locatores de eadem re simul Saluiano vti interdicto, perinde est acsi iuberet fieri eos simul & in solidum eiusdem rei possessores, nec quicquam interuenit ex parte illius qui conuenitur, quod possit diuidere potestatem & executionem interdicti ad implicitatem illam tollendam quę ex eiusmodi prętoris imperio proficisceretur. Nihil enim facere iubetur is contra quem interdictum prohibitorium exercetur, sed tántùm facere prohibetur. Ex quo illud etiam fit, vt cùm interdictum hoc Saluianum inter locatores ipsos redditur, necesse sit possessorem vincere, vt Iulianus scribit *in d. l. 1. §. 1.* & Vlpian. *in d. l. vlt. eod. tit. de Saluian. interd.* Non alia vtique ratione, quàm quod aliter posito iure, id est si vterque posset vincere necesse esset vtrumque fieri in solidum possessorem, cùm de iis tractemus quibus res in solidum fuit obligata. Prætor autem non magis facere potest quàm priuatus quilibet vt duo sint eiusdem rei possessores in solidum eodē genere possessionis, Dominij eadem quæ possessionis ratio est. Nō enim magis fieri potest vt eiusdem rei duo sint in solidum domini quàm vt duo in solidū possessores *l. si vt certo §. si duobus vehiculum D. commod. l. de hereditate 19. §. pater D. de cast. pecul.* ideóque non magis [illegible] eandem rem in solidum vindicare, quàm vt plures vt pluribus permittatur eandem rem singuli proponant, quorum [illegible] qui vindicat dicit rem suam simul & in solidum Saluianum proponit, [illegible] & debere [illegible] fieri possessorem: nec qui verò Saluianum proponit, [illegible] & debere [illegible] fieri possessorem: nec [illegible] plures fiant eiusdem rei possessores in solidum, quàm vt iam sint.

ERROR DECIMVS.

De ratione cur directa vindicatio à pluribus in solidum proposita propiùs accedat ad Saluianum, quàm ad Seruianam.

QVOD si quis pergat quærere cur rei vindicatio quæ petitoria est, propiùs hac parte accedat ad Saluianum interdictum, quod possessorium est, quàm ad Seruianam actionem quam æquè peti-

petitoriam esse constat, præsertim cùm dominium sit iuris, non minùs quàm pignus, & vindicatio directa dominij perinde arbitraria sit, atq; Seruiana vel hypothecaria quæ nihil nisi pignoris vindicatio est, Respondendum erit dissimilitudinis rationem ex eo pendere, quod vna eademque res in plurium dominio insolidum esse non potest, ac pluribus in solidum obligata esse potest. Hoc ipsum verò, inquies, cur ita? Nimirum quoniam dominium rei cuiuslibet, si materialiter sumatur, nihil nisi res ipsa est domino suo acquisita *arg. l. quid aliud* 86. *D. de verb. sig.* si formaliter, ius quidem rei potiùs quàm res ipsa est, sed tale ius quod inuito domino auferri non potest *vulg. l. id quod nostrum* 11. *de reg. iur.* nec precio vllo æstimari, quia nemo rem suam siue iusto, siue iniusto precio vendere inuitus cogitur *l. non enim* 9. *D. rer. amot. l. nec quasi* 70. *D. de rei vindic.* At ius pignoris non est eiusmodi. Est enim accessorium ad obligationem principalem debiti quæ commodam in pecunia recipit diuisionem, nihilque prohibet pluribus Seruianam simul & in solidum in eandem rem exercentibus, offerri à possessore singulis solidum quod ijs debetur, qui vnicus effectus est actionis Seruianæ non ad alium finem comparatæ? vt quamuis vni satisfactum sit in solidum, alij tamen adhuc maneat res in solidum obligata, quousque sit etiam ipsi solutum, aut aliter eo nomine satisfactum. Itaque effectu ipso nihil interest an fundus Titianus mihi pro quingentis aureis, & tibi pro aliis quingentis, vtrique in solidum obligatus sit, an mihi vel tibi soli pro mille, Nec proinde an Seruianam aut quasi Seruianam nos ambo simul & in solidum in eum fundum exerceamus, an alteruter nostrûm solus: quia nihil aliud ex eo sequitur, nisi vt verum sit dicere fundum Titianum pro mille aureis obligatum esse. In summa, quoties de pignore tractatur, debiti principalis ratio principaliter habenda est ex quo ius pignoris tanquam accessorium æstimatur: quod de dominio non similiter dici potest. Vnde illud quoque fit vt ei tantùm qui iure pignoris non item ei qui dominij iure possidet, offerri possit. *l. 2. C. si antiq. cred. pign. vendid. l. Paulus* 12. *§. 1. D. quib. mod. pign. vel hypoth. solui.* Superest vt videamus quid illud sit, & quem sensum aut quam rationem habeat quod ex Iuliano scriptum legimus *in d. l. 1. §. 1. ff. de Saluian. interd.* & nos verum esse non negamus inter ipsos locatores Saluianum interdictũ reddi posse. Id enim ex diametro pugnare videtur cum eo quod tam constanter defendimus Saluianum interdictum competere tantummodò aduersus conductorem; Cùm nullomodo conductor videri possit, qui ipse æquè locator est. Pertinet verò ea quæstio ad interpretationem *l. vlt. eod. tit. ff. de Saluian. interd.* quæ ipsa quoque perobscuram sententiam habere existimatur. Decadis sequentis tractatio ista erit.

***

conductor ipſe non habeat, non ſolùm quia vacãs poſſeſſio faciliùs adprehendi poteſt quàm quæ non vacat, ſed etiam quia fieri facilè poteſt, vt rei iudicatæ tempore conductor eam rem poſſideat quam non poſſederit antea, neque propoſiti interdicti tempore, neque litis conteſtatæ, quod ſufficit vt tenere poſſit interdictum *arg. l. quòd ſi in diem 16. in princip. l. ſi à domino 36. §. pen. D. de petit. hered. l. ſi autem 27. §. 1. D. de rei vindic. l. quæſitum 30. in princip. D. de pecul.*

ERROR QVINTVS.

De differentia interdictorum adipiſcendæ poſſeſſionis & petitorij etiam quod ad poſſeſſionem.

ET in hoc quoque differt valde interdictum Saluianum ab actione hypothecaria, nec minùs à directa rei vindicatione. Nam neque dominij, neque pignoris vindicatio aduerſus alium dari poteſt quã qui vel adhuc poſſideat, vel dolo malo deſierit poſſidere, vel ſe liti obtulerit tanquam poſſeſſor cùm non poſſideret. Hos enim poſteriores tametſi reuera nõ poſſideant, pro poſſeſſoribus tamẽ habendos & condẽnãdos eſſe placet *l. qui ſe liti 45. D. de petit. hered. l. is qui ſe obtulit 25. l. qui petitorio 36. D. de rei vindic. l. ſi fundus 16. §. in vindicatione D. de pignor.* Nimirũ, quia per vtrãq; vindicationẽ, ſiue dominij, ſiue pignoris, id agitur, vt qui poſſidet, reſtituere iubeatur, & ni reſtituat quãti actoris intereſt condemnetur *l. qui reſtituere 68. D. de rei vindic.* fieri autem non poteſt vt rei poſſeſſionem reſtituat, qui eam non habet *l. officium 9. eod.* Quod tamen non ſatis benè ab interpretib. noſtris obſeruatum videtur, qui ſolent dicere interdicta adipiſcendę poſſeſſionis ſapere naturam petitorij, quaſi non in alio differant, quàm quòd in petitorio diſputatur de dominio, in iſtis verò interdictis de poſſeſſione, cùm tamẽ verùm ſit differre illa inter ſe etiam ratione poſſeſſionis, adeóque etiam ex parte agentis, quippe qui licèt vtrãque via poſſeſſionem adipiſci & nanciſci deſideret, tamen in interdicto contendit de poſſeſſione, in petitorio autem iudicio non tam de poſſeſſione quàm de domino aut de iure pignoris, vt explicabimus in ſequentibus, ſed differunt multò magis ex parte rei qui conuenitur, quem in petitorio neceſſe eſt poſſeſſorem eſſe aut ſaltem pro poſſeſſore haberi: at in interdicto non eſt neceſſe. Et ratio differentiæ eſt, quoniam interdicta adipiſcendæ poſſeſſionis omnia ſunt prohibitoria, & ſic concepta vt Prætor vim fieri vetet ei quem vult poſſe adipiſci poſſeſſionem: proinde non ad aliud obligant eum qui conuenitur, quàm vti ne vim faciat actori poſſeſſionem adprehendenti, quod vt præſtare poſſit, nil neceſſe eſt eum poſſidere. Actio autem petitoria non prohibitionem, ſed iuſſum implorat iudicis, vt is qui conuenitur, eam rem de qua agitur, reſtituere iubeatur. Supponit igitur habere illum reſtituendi facultatem ne alioqui agere fruſtra videatur, vt ſcriptum eſt *in l. qui petitorio 36. D. de rei vindic.* quam porrò habere non aliter poteſt, quàm ſi rei detentionem habeat corporalem. Dixi *detentionem* non *poſſeſſionem*, quoniam & directa rei vindicatio & hypothecaria contenta eſt vt qualiſqualis poſſeſſio, id eſt, etiam illa, quæ magis propriè nuda, & aſinina detentatio vulgò appellatur, ſit penes poſſeſſorem, ſi quidem ſufficit illa vt qui conuenitur tanquam poſſeſ-

poſſeſſor habeat facultatem reſtituendi, vtque ex eo inducatur arbitrium iudicis ad condemnandum reum in id omne quod intereſt actoris ſi res non reſtituatur *d.l.officium 9. in fi.eod.* At interdicta ſiue adipiſcendæ poſſeſſionis ſint, ſiue retinendæ, ſiue recuperandæ non niſi ad veram poſſeſſionem pertinent,& in iis omnibus id agit prætor,vt eum cui dat interdictum aut faciat, aut retineat verum poſſeſſorem.*d.l.officium.* Quæ alia nec contemnenda differentia eſt inter actiones in rem, & interdicta. Concludamus ergo Saluianum interdictum, quoniam & adipiſcendæ poſſeſſionis, & prohibitorium eſt, non exigere vt is contra quem proponitur aut poſſeſſor ſit eo tempore quo conuenitur, aut fuerit eo tempore, quo de pignore paciſcebatur,& ideò nulla probatione alia onerandum eum qui Saluiano experitur, niſi quòd is cum quo experitur conuenerit de pignore: quam conuentionem certum eſt fieri poſſe ab illo etiam qui non poſſideat, ſicut & ab eo qui non ſit reuera dominus, quamuis non niſi prorſus ineptè ab eo qui ſe dominum eſſe non putet, ne quidem per mendacium, quia ſicuti ſolus ille qui verè dominus eſt, aut qui veri domini voluntatem habet poteſt ius & vinculum pignoris conſtituere, ita nec fieri poteſt vt quiſquam paciſcatur de pignore,niſi tanquam dominus,non etiam quaſi poſſeſſor: Nec enim ſicut dominij,ſic & poſſeſſionis neceſſitas vlla ſubeſt ad pignus vtiliter conſtituendum.

ERROR SEXTVS.

De ſententia & lectione l.1.§.1.D.de Saluian.interd.

QVOD interpretibus & pragmaticis noſtris placet poſſe Saluianum interdictum ſi non directum ſaltem vtile competere locatori etiam contra tertium poſſeſſorem,quamquam ſine ratione eſt, & contra verba *l.1.C.de precar.& Saluian.interd.* vt in ſuperioribus oſtẽdimus, non tamen eſt ſine lege,idipſum enim duobus locis reſponſum videtur à Saluio Iuliano qui huius interdicti author eſſe creditur *in l.1. in princip. & §.1.ff. ill.tit.de Saluian.interd.*Principio legis ait Iulianus,ſi colonus ancillam in fundum pignoris nomine induxerit,& eam vendiderit,quod apud emptorem ex ea natum eſt eius adprehendendi gratia vtile interdictum reddi oportere: quod omnes ſic accipiunt, vt interdictum hoc vtile reddendum ſit pro partu ancillæ etiam contra emptorem. Quanto magis pro ancilla ipſa competet quam ponimus expreſſim obligatam fuiſſe?ſic enim argumentatur Iacob.Menoch.*in remed.3.adip.ſc.poſſ.quæſt.7.nu.*56.At *in §.1.*idem Iulianus ſcribit apertiùs, ſi colonus res aliquas in fundum duorum pignoris nomine intulerit,ita vt vtrique in ſolidum obligatæ eſſent,ſingulos aduerſus extraneum Saluiano interdicto rectè acturos,Inter ipſos verò ſi interdictum hoc reddatur,meliorem poſſidentis condicionem fore.Ex quibus verbis conſtat apertiſſimèSaluianum interdictum non aduerſus conductorem tantummodò competere locatori,vt diſertè ſcriptum eſt *in d.l.1.C.de p.e ar.*ſed etiam contra extraneum poſſeſſorem? & inter locatores ipſos ſi plures eſſe,ac de earundem rerum oppigneratarum poſſeſſione cõtendere proponantur. Ac quamquam non aperit Iulianus an interdictum illud directum cenſeri debeat,an vtile, adeóque in dubio de directo potiùs quàm de vtili ſenſiſſe Iulianum credendum eſt, Attamen non dubitant interpretes quin de vtili potiùs accipiendum illud ſit,

Digitized by Google

tum quòd in præcedente responso expressam vtilis interdicti mentionem Iulianus fecerit: Tum maximè ne alioqui fatendum necessariò sit pugnare Iuliani responsum cum rescripto Imperatoris *in d.l.1.C.de precar.* quarum legum aliter conciliandarum nullam satis bonam rationem esse omnes fatentur. Nos verò probauimus in superioribus interpretationem hanc neque menti Imperatoris, neque rescripti verbis conuenire, nec minùs de vtili quàm de directo interdicto Saluiano intellexisse Gordianum, cùm rescripsit, interdictum hoc tantummodo contra conductorem debitorémque dari. Quod subsentientes quidam ex interpretibus ausi sunt dicere corruptum esse rescriptum Gordiani, totámque illam parenthesin *id enim tantummodò aduersus conductorem debitorémve competit*, tanquam interlinearem & irreptitiam delendam esse, vt & alia non pauca quæ & imperitorum interpretum glossis in responsa prudentum rescriptáque Imperatorum irrepsisse negari non potest. Ita namque Antoninus Tessaurus Decis. Pedemont. Ne tamen istis succenseam illud facit quod non possum mihi persuadere, aut Imperatorem à Iuliano in quęstione ista dissensisse, aut Iulianum tantę authoritatis & eruditionis virum, siue author interdicti fuerit, siue non fuerit, ius illud ignorasse quod Imperator non sine multorum prudentum consilio habuerit pro certo & explorato, Neque tamen possum probare, quod iidem volunt, sic emendandum textum Codicis vt totam illam parenthesim deleamus, qua etiam deleta, illud tamen verum remanebit quod in eadem lege scriptum supereſt, si locatore non remittente pignus, id est non expressim consentiente conductor ea quæ locatori obnoxia sunt, vendiderit, integrum quidem ius esse locatori ea persequi at non interdicto Saluiano, sed actione Seruiana, vel etiam vtili, id est quasi Seruiana & hypothecaria. Quid enim aliud adfirmamus, nisi hoc ipsum quod lex ait, Saluiano interdicto contra extraneum emptorem locum non esse? Quòd si ad declinandam obiectionem, confugias ad illam distinctionem Saluiani directi & vtilis quam nos improbamus, quid ergo attinet parenthesim delere, quam tametsi retineas, perinde possis ac præcedentia legis verba de vtili interdicto interpretari, vt faciunt cæteri qui nihil emendant. Taceo quod ratio ipsa iuris quæ primùm inquirenda semper, tenendáque est, euincit necessariò verum esse quod isti tanquam falsum delent, Saluianum interdictum tantummodò aduersus conductorem debitorémve dari, cùm nascatur interdictum ex sola pacti potestate: pactum autem non alij nocere possit aut debeat, quàm ipsi paciscenti. Ergo emendandus omnimodo est textus Iuliani *in d. l. 1. §. 1.* & ad Seruianam actionem non ad Saluianum interdictum accommodandus. Quod vt sentiam præter ea, quæ iam dixi, me illud etiam valde mouet, quod illam ipsam speciem quam Iulianus tractat *in d. §. 1.* tractatam video ab Vlpiano *in l. si debitor 10. D. de pignor.* ijsdem penè verbis, eodem sanè sensu, nulla tamen Saluiani interdicti, sed tantùm Seruianæ actionis facta mentione, de cuius legis sententia nunc videamus.

ERROR SEPTIMVS.

De sententia & ratione l. si debitor 10. D. de pignor.

ide-

Digitized by Google

SI debitor, inquit Vlpianus, res suas duobus simul pignori obligauerit, ita vt vtrique in solidum obligatæ essent, singuli in solidum aduersus extraneos Seruiana vtentur, Inter ipsos autem si quæstio moueatur, possidentis meliorem conditionem esse: dabitur enim possidenti hæc exceptio *si non conuenit vt eadem res, mihi quoque pignori esset.* Si autem id actum fuerit, vt pro partibus res obligarentur, vtilem actionem competere, & inter ipsos & aduersus extraneos per quam dimidiæ partis possessionem singuli adprehendant. Quæ posterior pars sententiæ Vlpiani nec à Iuliano prætermissa est *in d.l.1.§.1.* vbi addit ille, At si id actũ fuerit vt pro partibus res obligarentur, vtilis actio & aduersus extraneos, & inter ipsos reddi debebit per quam dimidias partes possessionis singuli adprehendent. Cùm verò Iulianus anterior & antiquior fuerit Vlpiano non minùs tempore quàm authoritate, dubitandum non est quin Vlpianus sententiam suam à Iuliano mutuatus sit, non Iulianus ab Vlpiano, nec proinde quin idipsum scripserit Iulianus *in d.l.1.§.1.de Salui an.interd.* quod ex Vlpiano scriptum legimus *in d. l. si debitor.* Atquin Vlpianus apertè loquitur de Seruiana actione tantùm, Iulianus verò non nisi de Saluiano interdicto: ergo aliquid necessariò emendandum est vel apud Vlpianum, vel apud Iulianum. Non apud Vlpianum, quia nemo dubitat quin verissimum illud sit quod ait Vlpianus de actione Seruiana, Competere illam singulis creditoribus & in solidum, & aduersus extraneos, quoties debitor res suas simul pignori obligauit, ita vt essent vtrique in solidum obligatæ: At non æquè certum est quod de Saluiano interdicto scriptum legimus ex Iuliano *in d.l.1.§.1.* Hoc enim illud est de quo nunc disputamus. Emendandus ergo est Iulianus potiùs quàm Vlpianus, præsertim cùm Vlpiani sententiæ neque ratio, neque alius vllus iuris locus obstet, Iuliani autem dicto repugnet manifestissimè rescriptum Imp. Gordiani *in d. l. 1. C. de precar.* Addo quòd ex eodem ipso contextu Iuliani, apparet tractasse illum in ea specie de actione Seruiana, Cùm quod ille ait vtilem actionem & aduersus extraneos, & inter ipsos dari debere per quam dimidias partes possessionis singuli adprehendant, si actum id fuerit, vt pro partibus singuli obligarentur, non de alia possit accipi quàm de quasi Seruiana & hypothecaria, quomodo ferè omnes vulgò interpretantur. De qua enim alia intelligeretur? An fortè de vtili Saluiano? Minimè gentium. Interdictum namque vtile illud dicitur, nõ vtilis actio: Nec vnquam interdicti & actionis nomina sicuti nec iura confunduntur, quãuis placeat actionis verbo generaliter sumpto etiam interdicta cõtineri *l. actionis 37. D. de oblig. & act.* idque hodie multò probabiliùs quàm olim post substitutas in locũ interdictorũ extraordinarias & vtiles actiones *§. vlt. Inst. de interd.* Et verò ita esse apparet euidentiùs ex eo quod Vlpianus *in d. l. si debitor* iisdem planè verbis vtitur, & de vtili quoque actione loquitur, cùm tamen in præcedentibus non de Saluiano interdicto, sed de Seruiana tantùm actione locutus fuisset. Neque enim dubitandum est quin vtilem actionem Vlpianus eo loco intelligat illam quæ opponatur directæ de qua priùs fuerat locutus. Ergo quemadmodum præcedens mentio Seruianę apud Vlpianũ cogit nos vt quod ait de vtili actione interpretemur de vtili Seruiana, ita è contrario subiecta mentio vtilis actionis apud Iulianũ quæ non de alia possit intelligi, quàm de vtili Seruiana, facere debet, vt in præcedentibus credendum sit Iulianum, neque de Saluiano interdicto

Digitized by Google

neque de alia actione locutum esse quàm de Seruiana. Alioquin si dicamus in priore illa Iuliani specie, cùm colonus res suas in fundum duorum pignoris nomine intulerit, ita vt vtrique in solidum obligatæ essent, tale ius esse, vt Saluianum interdictum, siue directum, siue vtile debeat competere locatori etiam contra extraneum emptorem, itémque actio Seruiana si eam proponere locator malit, quidni etiam dicemus in posteriore casu Iuliani, quo non directa Seruiana, sed vtilis tantùm, & quasi Seruiana possit competere, æquè interdictum Saluianum vtile competiturum? An fortè difficilius est vt vtile Saluianum competat, quàm vt vtilis Seruiana? An non è diuerso facilius est vt interdicta dentur, quæ sunt de sola possessione, quàm vt actiones quæ sunt de iure litigatorum, & dominij aut pignoris quæstionem implicitam habēt? Quare nec dissimulare potest Cuiacius *lib.* 5 *Obser. cap.* 24. quin agnoscat aut suspicetur manum Triboniani *in d. l.* 1. §. 1. *de Saluian. interd.* quasi Iulianus quidem scripsisset in priore specie & Seruianam actionem competere, & interdictum Saluianum: Tribonianus verò Seruianæ mentionem sustulerit, Saluiani retinuerit, cùm legem eam poneret *sub tit. De Saluiano interdicto.* Sed cùm fateatur Cuiacius residere adhuc apud Iulianum Seruianæ actionis mentionem, quis credat circumscriptum à Triboniano nomen Seruianæ actionis directæ, vtilis verò relictum? Sed me illud magis mouet, quod iam ostendi rationem iuris non pati vt Saluianum interdictum, siue directum, siue vtile, aliáve vlla actio quàm Seruiana competat locatori aduersus extraneū possessorem. Nec magis illo casu quo conuenit vt res in fundum communem inductæ vtrique domino essent obligatæ, quàm eo quo conuenisset vt singulis pro partibus obligarentur. Neque verò credibile est præterisse Vlpianum mentionem Saluiani interdicti cùm Iuliani sententiam licèt suppresso ipsius nomine referret, si de Saluiano quoque in ea specie reddendo Iulianus aliquid scripsisset. Potuit sanè Tribonianus, & debuit generaliorem facere sententiam Vlpiani *in d. l. si debitor* posita *si bona. De pignor.* quàm fuisset Iuliani *in d. l.* 1. §. 1. *de Saluian. interd.* vt suis titulis leges conuenirent, ob eámque causam ad debitorem quemlibet accommodare, quod Iulianus scripserat de colono: Latiùs enim patet nomē debitoris quàm eius, qui tantùm ex conductionis causa debitor est *l. creditores* 10. *cum duab. seq. De verb. signific.* Sed non debuerat ea res facere, vt apud Vlpianum delenda esset mentio Saluiani interdicti, cùm appellatione debitoris de quo Vlpianus tractabat colonus etiam contineretur, magnáque sit vtilitas Saluiani eo quoque casu, quo Seruiana siue directa, siue vtilis exerceri possit. Fateor non posse dubitari, aut tractari de Saluiano, siue directo, siue vtili an cōpetat, nisi cùm agitur de rebus coloni, aut à colono pro fundi mercede obligatis, vt in sequentibus manifestiùs ostendemus. Sed hoc contendo, cùm Vlpianus *in d. l. si debitor*, tractans generaliter de quolibet debitore tractaret etiam de colono, non debuisse apud Vlpianum tolli mentionem interdicti Saluiani, si quo casu fieri poterat, vt interdictum illud, siue directum, siue vtile locum haberet, & concurreret cum Seruiana. Erítque ratio hæc nostra efficacior si cum interpretibus admittas, quod nos multò magis negamus, reddi posse Saluianum vtile contra quemlibet possessorem, etiamsi ex alia, quàm conductionis causa debeatur. Quidni enim reliquisset Tribonianus apud Vlpianum mentionem vtilis Saluiani, quam apud Iulianum reliquerat, sicut vtrobique mentionem reliquit vtilis Seruianæ?

ERROR

Digitized by Google

ERROR OCTAVVS.

De emendanda Iuliani sententia in d.l.1.§.1.

TQVI, inquies, negari non potest, quin de Saluiano interdicto scripserit & senserit Iulianus, *in d.l.1. §. 1.* verba enim illa sunt apertiora quàm vt cauillari quis possit, *singuli aduersus extraneum Saluiano interdicto rectè experiuntur.* Ea verò sunt, quæ nos emendatione potiùs quàm interpretatione indigere arbitramur: sicque restituenda esse vt pro dictione *Saluiano*, legamus *Seruia. non* facilè conflato errore ex literarum & dictionum similitudine. Nec enim minùs prope accedit nomen Saluiani interdicti ad nomen Seruianæ actionis, quàm Saluianum ipsum interdictum ad Seruianã actionem, cúmque possent sex illæ priores literæ *Seruia.* cum puncto sufficere ad totam dictionem *Seruiana* exprimendam, potuit sequens negatio *non* duabus illis *no* scribi adiecta supernota quæ literam *n* suppleret, vt solebant veteres librarij, vel notis tantùm, vel quàm paucioribus facere poterant literis omnia scribere. Quod non intelligens imperitus quidam siue interpres, siue librarius, aut typographus is fuit, reposuit *Saluiano*, pro *Seruiana nõ*, siue quòd priores illas literas *Seruia.* separatim sumptas nullius sensus esse videret, siue quod subiecta dictio *interdicto* non de alio, quàm de Saluiano intelligi posse videretur, cùm Seruianum nullum sit interdictum. Dico igitur Iulianum ita scripsisse quomodo ex vera, & necessaria iuris ratione scribere omnimodo debuit, *singuli aduersus extraneum Seruiana, non interdicto rectè experientur*, atque ita fiet commodissimè, vt Iulianus non minùs cum iuris ratione consentiat, & cum Imp. Gordiano, *in d.l.1.C.de precar.* quàm cum Vlpiano *in d.l.si debitor.* Nec idcirco verendum erit, vt locus ille Iuliani non satis accommodatus videatur *ad tit. De Saluiano interdicto.* Tam enim ad titulum illum pertinet scire, non esse locum in ea specie Saluiano interdicto, quàm si scriptum esset locum esse, sufficitque interdicti mentionem superesse, ne quid à Triboniano in ea Iuliani sententia sub illo titulo collocanda minùs appositè factum videatur. Maximè verò cùm in sequentibus in quibus nihil emendamus apertè scriptum sit inter ipsos fundi conducti dominos posse reddi Saluianum illud interdictum, eóque casu meliorem possessoris condicionẽ fore. Tractauit enim Iulianus tres casus in quibus singulis diuersum ius constituit. Primus casus est, si colonus res suas in fundum duorum pignoris nomine intulerit, ita vt vtrique in solidum obligatæ essent, & singuli locatores iidémque domini velint agere contra extraneum, id est tertium possessorẽ, siue Saluiano interdicto quod esset sanè commodiùs, siue Seruiana actione. Secundus casus est si supradicta specie & conuentione supposita velint locatores inuicem agere & Saluianum quoque exercere. Tertius est si id actũ fuerit inter eos & colonum vt pro partibus vtrique res coloni obligarentur. Primo casu ait Iulianus singulos locatores actione Seruiana non interdicto aduersus extraneum rectè experturos, vt *& in d.l.1.C.de precar. & in d.l.si debitor.* 10. *D.de pignor.* Nempe quia Saluianum interdictum non aduersus extraneum competere potest, sed tantummodò aduersus conductorem eundémq; debitorem, qui solus de pignore pactus fuit. Secundo casu nõ quidem negat Iulianus etiam actionem Seruianam inter ipsos locatores dari posse, nihil e-

nim prohibet dari, quod & scriptũ est *in d.l.si debitor*, sed ait interdictum hoc Saluianum inter ipsos reddi posse, quod non tam ab Vlpiano, quàm à Triboniano prætermissũ fuisse *in d.l.si debitor*, cõstat manifestè *ex l.vlt.ff.de Salvian. inter d.* in qua hęc eadem sententia proponitur, non tantùm ex eodem Vlpiano, sed etiam ex eodem Vlpiani libro, si credimus Cuiacio qui inscriptionem *dictæ l.vlt.* emendat ex inscriptione *d.l.si debitor*, vt initium vnius cum extremo alterius coniungat. Tertio autem casu negat Iulianus aut actioni directę Seruianæ, aut interdicto Saluiano, siue directo, siue vtili locum esse posse, sed vtilem actionem, id est quasi Seruianam & hypothecariam dari debere ait, & aduersus extraneos & inter ipsos, id est, vt antithesim agnoscas, non tantùm si agant aduersus extraneos, quo casu dictum fuerat in priore specie habituros illos non quidem Saluianum interdictum, sed actionem Seruianam, sed etiam si agunt inter se inuicem, quo casu si prior species tractaretur, haberent illi etiam Saluianum. Ex quo intelligimus Iulianum vbi de priore specie tractauit, distinxisse duos illos casus, & aliter respondisse si locatores singuli aduersus extraneum, aliter verò si inuicem experiri vellent, quod & prior illa antithesis demonstrat *inter ipsos verò*. In posteriore verò specie idem iuris constituere, siue contra tertium singuli, siue inuicem experiri velint, vt scilicet, neque Seruianam habeant, neque Saluianum, sed quasi Seruianam duntaxat, seu hypothecariam. Itaque opponit Iulianus posteriorem speciem priori in totum, cùm ita scribit, *At si id actum fuerit vt pro partibus, res obligarentur, vtilis actio & aduersus extraneos & inter ipsos dari debebit*, vt significet circa posteriorem hanc speciem non esse adhibendam distinctionem quæ circa priorem adhibita fuerat an contra extraneum agere singuli vellent, an inter ipsos. Dices, quod ad priorem speciem attinet, antithesim potiùs in eo esse, non vt singulis detur Seruiana contra extraneum, inter ipsos verò Saluianum, vtroque enim casu Saluianum saltem vtile reddi posse, sed in eo quod licèt vtroque casu possit Saluiano locus esse, tamen cùm aduersus extraneũ singuli agunt, singuli quoque vincũt, alioqui non esset verum quod ait Iulianus singulos aduersus extraneum rectè Saluiano experiri, cùm verò inter ipsos Saluianũ redditur, solus possessor vincit. Ac sanè fatendum omnino est sic antithesim hanc explicandam esse si admittas in primo casu prioris speciei Saluiano locum esse. Verùm præter id quod interpretationem nostram probabiliorem faciunt verba illa posterioris speciei quæ proximè retulimus, & quibus formatur antithesis non tantùm in genere actionis, sed etiam in eo quod idem genus actionis pluribus locatoribus & aduersus extraneos, & inter ipsos accommodatur, illa etiam ratio pro nobis facit, & emendationem nostram mirificè confirmat, quòd quamuis concederem interpretibus quod omnes volunt, Saluianum interdictum saltem vtile dari posse contra extraneum possessorem, fieri tamen consequens nullo modo posset, quod ex Iuliano scriptum legimus *in d.l.1.§.1.* plures locatores aduersus extraneum singulos Saluiano interdicto rectè acturos. Nam cùm is demùm rectè dicatur agere qui sic agendo vincere & obtinere debeat, Interdictum autem Saluianum ad possessionem adipiscendam pertineat, fieri non potest vt ij quibus singulis res conductoris in solidum obligatæ sunt, rectè agunt singuli Saluiano interdicto aduersus extraneum, quin hoc ipso singuli fiant eiusdem rei in solidum possessores: id siquidem demùm est, in Saluiano vincere, fieri scilicet possessorem eius rei de qua obliganda conuenit,

uenit, & quidem pro ea ipsa parte quæ in pactum pignoris deducta fuit, in solidum igitur, si agenti interdicto res in solidum obligata fuit. Atqui tractamus de pluribus locatoribus quorum vtrique res fuerit in solidum obligata, id est singulis tota, non pro partibus : Concludendum ergo est si rectè agant singuli Sāluiano contra extraneum, fore necessariò, vt totius rei possessionem in solidum quisque adipiscatur, atque ita vt plures eandem rē simul & in solidum possidere incipiant, adeóque authore prætore ac ex interdicto, & consequenter iustè, quod tamen ne fieri possit non tantùm ratio iuris, sed etiam natura ipsa impedimento est, *l. 3. §. ex contrario D. de acquir. poss. l. duo in solidum 19. D. de precar.* Nam etsi Sabinianorum ea fuit sententia vt possit eadem res à duobus simul & in solidum eodem tempore possideri dummodò non eodem genere possessionis, sed ab vno iustè, ab alio iniustè *l. & habet 15. §. eum qui precario eod. tit. & d. §. ex contrario*, quam sententiam Iulianus quoque noster tanquam Sabinianus secutus fuit, vt constat *ex d. l. duo in solidum*, omnes tamen consentiunt eandem rem à pluribus iustè possideri in solidum non posse aut à pluribus iniustè, sicut nec quisquam diffitetur iustè possidere illum qui prætore authore possidet *l. iustè 11. D. de acquir. poss.* Et authore prætore illum possidere qui ex causa interdicti adeptus est possessionem *l. is qui destinauit 24. D. de rei vindicat.* Nam & inde fit vt in ea possessione omnimodo illum tueri prætor debeat. Non magis igitur fieri potest, vt plures locatores de eadem re Saluiano interdicto rectè agant singuli, quā vt prætor faciat eos singulos eiusdem rei iustos in solidum possessores. Seruiana proinde actione experiri eos necesse est vt rectè experiantur, nec se inuicem impediant, quomodo aliis plerisque casibus euenit vt pluribus actio aliqua in solidum competat, & tamen neuter exercere illam possit, ipsis se mutuò impedientibus si non priùs inter se consentiant, vt in *l. quoties 34. in princip. D. de vsufr. l. 2. in fi. D. quib. mod. vsusfr. amitt. l. huiusmodi 84. §. vlt. de leg. 1.*

ERROR NONVS.

De differentia Seruianæ actionis & Saluiani interdicti, itémque directæ vindicationis si plures de eadem re in solidum agere velint.

QVÆRES verò non sicut in Saluiana [illegible] etiam in Seruiana [illegible] impediunt, cùm Seruianum [illegible] ac Saluianum [illegible] ad auocandum [illegible] *l. si debitor in fin. [illegible] venditor 66. D. de euict.* Respondeo non inconsequenter, vt arbitr[illegible] [illegible] hac parte Seruianæ & Saluiani interdicti rationem, quòd per Seruianam licèt possessio auocetur in effectu, non tamen de adipiscenda possessione contendit creditor, sed de iure tantùm pignoris, eandem verò rem pluribus creditoribus simul in solidū obligari nihil vetat, vt nec pluribus in solidū vendi dū ne diuersis temporibus *l. qui duobus 21. D. ad leg. Cornel. de falsi. l. 3. §. 1. D. de crimin. stellion. l. si quis 36. §. 1. D. de pignor. act. l. & quæ nondum 15. §. vlt. D. de pignor.* Nec ad hoc Seruiana exercetur vt condemnetur possessor ad faciendum creditorem possessorem, sed quoniam arbitraria actio est, in id tātùm competit vt nisi res obligata iudicis arbitrio restituatur condemnetur possessor quanti interest petitoris *l. si fundus 16. §. in vindicatione eod. tit. de pignor.* Ad aliud porrò teneri possessor non potest, quàm vt eam rem quæ petitur, semel resti-

petitoriam esse constat, præsertim cùm dominium sit iuris, non minùs quàm pignus, & vindicatio directa dominij perinde arbitraria sit, atq; Seruiana vel hypothecaria quæ nihil nisi pignoris vindicatio est, Respondendum erit dissimilitudinis rationem ex eo pendere, quod vna eademque res in plurium dominio insolidum esse non potest, ac pluribus in solidum obligata esse potest Hoc ipsum verò, inquies, cur ita? Nimirum quoniam dominium rei cuiuslibet, si materialiter sumatur, nihil nisi res ipsa est domino suo acquisita *arg. l. quid aliud* 86. *D. de verb. sig. nisi.* si formaliter, ius quidem rei potiùs quàm res ipsa est, sed tale ius quod inuito domino auferri non potest *vulg. l. id quod nostrum* 11. *de reg. iur.* nec precio vllo æstimari, quia nemo rem suam siue iusto, siue iniusto precio vendere inuitus cogitur *l. non enim* 9. *D. rer. amot. l. nec quasi* 70. *D. de rei vindic.* At ius pignoris non est eiusmodi. Est enim accessorium ad obligationem principalem debiti quæ commodam in pecunia recipit diuisionem, nihilque prohibet pluribus Seruianam simul & in solidum in eandem rem exercentibus, offerri à possessore singulis solidum quod ijs debetur, qui vnicus effectus est actionis Seruianæ non ad alium finem comparatæ? vt quamuis vni satisfactum sit in solidum, alij tamen adhuc maneat res in solidum obligata, quousque sit etiam ipsi solutum, aut aliter eo nomine satisfactum. Itaque effectu ipso nihil interest an fundus Titianus mihi pro quingentis aureis, & tibi pro aliis quingentis, vtrique in solidum obligatus sit, an mihi vel tibi soli pro mille, Nec proinde an Seruianam aut quasi Seruianam nos ambo simul & in solidum in eum fundum exerceamus, an alteruter nostrûm solus: quia nihil aliud ex eo sequitur, nisi vt verum sit dicere fundum Titianum pro mille aureis obligatum esse. In summa, quoties de pignore tractatur, debiti principalis ratio principaliter habenda est ex quo ius pignoris tanquam accessorium æstimatur: quod de dominio non similiter dici potest. Vnde illud quoque fit vt ei tantùm qui iure pignoris non item ei qui dominij iure possidet, offerri possit. *l. 2. C. si antiq. cred. pign. vendid. l. Paulus* 12. *§. 1. D. quib. mod. pign. vel hypoth. solvit.* Supereſt vt videamus quid illud sit, & quem sensum aut quam rationem habeat quod ex Iuliano scriptum legimus *in d. l. 1. §. 1. ff. de Salvian. interd.* & nos verum esse non negamus inter ipsos locatores Saluianum interdictū reddi posse. Id enim ex diametro pugnare videtur cum eo quod tam constanter defendimus Saluianum interdictum competere tantummodò aduersus conductorem: Cùm nullomodo conductor videri possit, qui ipse æquè locator est. Pertinet verò ea quæstio ad interpretationem *l. vlt. eod. tit. ff. de Salvian. interd.* quæ ipsa quoque perobscuram sententiam habere existimatur. Decadis sequentis tractatio ista erit.

***

ANTONII FABRI I.C. SEBVSIANI, SENATORIS SABAVDIENSIS, ET IN GEBENNENSIS DVCATVS AVDITORIO PRAESIDIS

DE ERROR. PRAGMAT. ET INTERPR. IVR.

DECAS LIX.

ERROR PRIMVS.

De Saluiano inter locatores ipsos reddendo.

CVM colonus res suas in fundum duorum pignoris nomine intulit, ea lege dicta vt essent illæ vtrique domino in solidum obligatæ, multum interest an locatores agere velint contra extraneum possessorem, quod vtique facere singuli possunt, dummodò Seruianam actionem non Saluianum interdictum exerceant, vt superiore capite ostendimus, An verò inter ipsos, vt loquitur Iulianus *in l.1.§.1.* Hoc enim casu habent electionem an Seruiana experiri velint, an potiùs interdicto. De Seruiana extat Vlpiani sententia *in l.si debitor* 10. *ff. de pignor.* De Saluiano autem idipsum apertè scribit Iulianus *in d.§.1.* iis verbis, *inter ipsos verò si reddatur hoc interdictum, possidentis condicio melior erit.* At de vtroque remedio apertè loquitur Vlp. *in l. vlt. eod. tit.* vbi ait, In Saluiano interdicto si in fundum communem duorum pignora sint ab aliquo inuecta, possessorem vincere debere, ac descendendum eis esse ad Seruianum iudicium. Hoc verò non improbabiliter quis crediderit pugnare cum eo, quod nos huc vsque constituimus, interdicto Saluiano siue directo, siue vtili locum esse tantummodò aduersus conductorem *ex l.1.C. de precar. & Saluian. interd.* Nam vt ad finem præcedentis capitis argumentari cœpimus, conductor dici nullo modo potest ne quidem respectu locatoris ille qui & ipse æquè locator est, quique non magis pepigit de pignore quàm extraneus quem ideò negamus posse vllo casu conueniri Saluiano. Non potest igitur fieri vt locatores inter se possint experiri interdicto isto, quin hoc ipso admittendum sit, Posse igitur interdictum hoc locũ habere etiam cõtra extraneum, id est alium quàm conductorem. Atque ita nostri vulgò ratiocinantur, existimãtes ob hanc causam, non nisi vtile esse interdictum quod inter locatores ipsos redditur, quale esse volunt quod illi accommodant locatori contra extraneum quemlibet possessorem. In quo apertè vim faciunt Iuliano & Vlpiano qui supradictis locis loquuntur simpliciter de interdicto, Quo nomine simpliciter prolato directum

ctum significatur non vtile. Nec enim vtilis nomen prætermittunt Iureconsulti, siue de vtili actione, siue de vtili interdicto loquantur, vt neque prætermisit Iulianus tractans de vtili Saluiano in specie *d. l. 1. in princip. D. de Saluian. interd.* Et sanè sic esse fatendum est, Interdictum Saluianum quod inter locatores ipsos redditur, non vtile esse, sed directum. An ergo fatemur posse interdictum etiam directum dari contra extraneum, & alium quàm conductorem, qui negamus, vel vtile vllum dari posse? At negamus primùm ita Iulianum aut Vlpianum vel scripsisse vel sensisse, vt interdictum Saluianum, siue directum, siue vtile detur vni ex locatoribus aduersus alium locatorem. Sed vt inter ipsos reddi possit interdictum, quod ego sic accipiendum esse dico, vt interdictum hoc reddendum sit ei soli ex locatoribus qui non possidet, sed aduersus conductorem ipsum initio inspecto, Ex postfacto autem aut, vt melius loquar, vi ipsa contra alium locatorem qui possessor reperitur, quia cùm hoc interdictum sit adipiscendæ possessionis, neque potest prodesse locatori ad possessionem adipiscendam aduersus conductorem qui ipse non possideat si alius possessor sit, qui intercedat, neque rursum dari alij locatori qui iam possidet, quandoquidem is qui possidet, magis possessor fieri non potest, non magis quàm dari locatori qui non possidet aduersus alium locatorem qui licèt possideat, tamen conductor non est. Illud ergo remedium vnicum supereſt, vt conductor, qui possidet, quia Saluianum habere non potest quod haberet si non possideret, tueatur ius suum, suámque possessionem contradicendo, ne alioqui minus iuris habeat ratione possessionis ob hoc ipsum quod possidet, quod sanè perabsurdum esset. Id verò cùm fit, euenit vt alius ille locator idémque possessor in modum contradictionis inducat Saluianum, quomodo circa querelam inofficiosi testamenti loquitur Vlpianus *in l. Papinianus* 8. *§. si filius D. de inoff. testam.* atque ita verum est Saluianum inter ipsos reddi, non quasi alius ab alio per Saluianum conueniri possit (id enim non magis fieri potest quàm vt extraneus à locatore conueniatur huiusmodi interdicto) sed vt de Saluiani potestate ac iure inter eos contendendum sit, ac si concurrerent in eo interdicto impetrando aduersus conductorem, cùm tamen neque concurrere vnquam possint, ne videatur Prætor velle facere duos in solidum possessores, neque Saluianum proponi ab eo, qui iam possidet, ne magis possessor fieri velle existimetur. Denique interdictum hoc casu inter ipsos redditur non vt inuicem agant & excipiant, quasi vterque actor sit & vterque reus, quomodo dicere solemus in actionibus mixtis & interdictis duplicibus *l. in tribus* 13. *D. de iudic. l. iudicium communi* 10. *D. fin. regund. l. actionis* 37. *§.* 1. *de oblig. & action.* sed vt vno agente aduersus conductorem, eundémque debitorem, alij liceat qui possessor reperitur, suam possessionem defendere, non tanquam reo, sed tanquam intercessori, id est intercedendo & contradicendo potiùs quàm excipiendo. Itaque partim simile, partim dissimile est quod Vlpianus scribit *in leg.* 1. *§. is autem D. de superfic.* Eum quidem in cuius solo superficies est vtique non indigere vtili actione quam illo edicto proponit prætor, cùm habeat in rem actionem, qualem habet de solo, cui superficies cedit: Sed tamen si aduersus superficiarium velit vindicare, exceptione vtendum superficiario in factum data. Nam cui damus actionem, eidem exceptionem quoque multò magis competere quis dixerit.

Digitized by Google

Habet enim ille tractatus hoc simile cum nostro quod cui daremus Saluianum si non possideret, multò magis dandum sit possidenti auxilium eiusdem Saluiani ad contradicendum, ne quam habet possessionem amittat, quam si non haberet nanciscì etiam per interdictum posset. At dissimile illud est, quod in proposita quæstione locator ille qui iam possessor est non inducit Saluianum per modum exceptionis, cùm non ipse conueniatur, sed per modum interuentionis, tanquam offerens se alienæ liti pro tuendo iure suo: Non enim quemadmodum in specie *d. §. is autem*, dominus soli vindicat superficiem aduersus superficiarium, ita & in tractatu nostro dici potest, eum ex locatoribus qui non possidet experiri interdicto aduersus eum, qui possidet: nimirum quia vindicatio cùm in rem actio sit, necesse est vt contra possessorem exerceatur: At Saluianum cùm sit non modò directum, sed etiam scriptum in personam, vt & alia ferè omnia si excipias interdictum Quod vi aut clam *l. 1. §. penult. D. de interd.* nil necesse est vt exerceatur cum possessore, imò nec potest si possessor sit extraneus, id est, qui nihil de pignore pepigerit, sed exercendum est cum colono, eodémque debitore siue possideat, siue non, cùm nihil aliud intendat is qui proponit interdictum, nisi vt possessionem adipiscatur, id est adipisci eam non prohibeatur, quod æquè commodè imò commodiùs exequi & assequi potest aduersus colonum non possidentem, quàm aduersus eum qui possidet, vt in præcedentibus diximus. Porrò alius locator quem ponimus possidere, cùm videt interdictum ad hoc exerceri, vt possessionem quam ipse habet, alter nanciscatur, potest debétque se offerre liti vt Saluiani vim & potestatem impediat, incipiatque ex prætoris imperio possidere quod antea suo iure ac propria authoritate possidebat. Nam & in vindicatione siue speciali, siue vniuersali, hoc est in petitione hereditatis, idem accidit vt etiamsi iudicium contra alium exerceatur, possit tamen liti se offerre & interuenire iustissimè quisquis possessor est, adeò vt audiendus quoque sit licèt tandem condemnandus qui se mentitus est possessorem vt actori & ius dicenti illuderet *l. is qui se obtulit 25. D. de rei vindic. l. qui se liti 46. D. de petit. hered. l. 4. D. de re indic.* Tum demùm verò dicitur, & incipit interdictum Saluianum inter ipsos locatores reddi, non cùm interdictum petit is qui prior agit, cùm ex eo agere nō possit vt dixi aduersus alium locatorem, sed tantùm aduersus conductorem: At cùm alius locator qui iam possidet inducit ipse Saluianum non agendo aut excipiendo, sed contradicendo. Ex eo namque tempore incipit lis tractari inter locatores, & disputari vter ex Saluiano vincere debeat, perinde acsi eo interdicto inuicem experirentur, ita vt in eo vterque actor, & vterque reus esset. Est igitur ad sententiam nostram explicandam accommodatius aliud exemplum quod attulimus de querela inofficiosi testamenti *ex d. l. Papinianus 8. §. si filius D. de inoffic. testam.* Ex his autem apparet Saluianum quod inter locatores ipsos redditur non aliud esse posse quàm directum: Cùm ex parte illius qui prior agit non detur, nisi aduersus cōductorem: Ex parte verò alterius, qui contradicit, non detur per viam, vt loquuntur, actionis & interdicti, sed contradictionis, quæ res naturam & substantiam propositi interdicti mutare non potest. Cui consequens est vt ex hoc ipso quod dicimus posse interdictum hoc inter locatores ipsos reddi, nemo possit inferre quod interpretes omnes inferunt, Dari ergo etiam contra extraneum: esset enim vtile vel fatentibus ipsis interpretibus, si contra eum quasi contra extraneum daretur. Cæterùm quoties interdictum

Digitized by Google

interdictum hoc inter locatores ipsos redditur, quorum vtrique insolidum res coloni fuerint obligatæ, possessor semper vincit *d. l. 1. §. 1. & d. l. vlt. D. de Saluian. interd.* An quòd in Saluiano interdicto agatur de sola possessione, possessionis autem par causa sit in vtroque locatore, ac proinde melior debeat esse condicio possidentis? Ita putat Cuiacius, *dict. cap. 24. lib. 5. Obseruat.* Sed meo iudicio, parum rectè. Idem enim de actione Seruiana scriptum est ab Vlpiano, *in l. si debitor 10. D. de pignor.* vbi posteaquàm scripsit, si debitor res suas duobus simul pignori obligauerit, ita vt vtrique in solidum obligatæ essent singulos in solidum aduersus extraneum Seruiana actione vti debere, subiicit *Inter ipsos autem si quæstio moueatur, melior est conditio possidentis.* Huiúsque sententiæ rationem illam subiicit, quòd danda sit possidenti exceptio *si non conuenit, vt eadem res mihi quoque pignori esset*, vt intelligamus licèt in Seruiana non de possessione vt in Saluiano, sed de iure pignoris controuertatur, non eo minùs tamen vincere possessorem debere, cùm vtriusq; locatoris par causæ sit etiam in iure pignoris. Ponimus enim easdem res coloni vtrique locatori simul & in solidum fuisse obligatas, vt proinde nulla ratio sit propter quam alius possit & debeat vincere quàm qui possidet, tanquam qui hoc vno sit superior, cùm cætera omnia sint paria.

ERROR SECVNDVS.

De Seruiana inter plures locatores danda.

EST igitur hac parte eadem prorsus ratio Seruianæ actionis, & Saluiani interdicti, nisi quod cùm Seruiana exercetur inter locatores ipsos qui singuli habent res conductoris in solidum obligatas, & quorum alter eas iam possidet, alter non possidet, necessaria est possidenti exceptio vt possit vincere, quæ non est necessaria cùm proponitur Saluianum, nempe quoniam Seruiana hoc casu locatori datur contra locatorem possidentem, perinde ac contra quemlibet alium possessorem, cùm sit in rem actio, quisquis autem conuenitur ab eo qui fundatam probatámque habet suam intentionem, eum necesse omnino est succumbere si non aliqua exceptione adiuuetur, at Saluianum, quia in personam est & ex pacto, non potest dari locatori contra locatorem sed tantùm aduersus conductorem eundémve debitorem, nec prius dicitur reddi inter ipsos interdictum quàm inducatur per contradictionem possidentis: quæ contradictio actorem magis eum constituit, quàm reum, proindéque nullo exceptionis auxilio indiget, vt eum qui iam possessor est, efficiat victorem. Denique locator qui possidet vincit in Saluiano locatorem non possidentem per solam contradictionem, neque tam quòd vincat, quàm quòd nec victoria vlla egeat ad possessionem retinendam quam iam habet, satísque ei sit quod non possit vinci ab eo cui contradicit, & à quo per Saluianum conueniri, licèt possideat, nullomodo potest. Nam tametsi nec ipse possideret, tamen impediret ne Saluianum habere alius locator posset, quippe quod pluribus locatoribus competere nequit, ne quidem contra colonum ipsum, ne alioqui videretur prætor id agere vt singulos faceret eiusdem rei in solidum possessores, quod fieri nullomodo potest, vt iam sæpe diximus. In Seruiana verò vincit qui possidet, non defectu iuris in persona agentis,

se l beneficio exceptionis quam habet proprio iure:& ideò vincere illum necesse est ne vincatur,quia si non vinceret ipse haud dubiè vinceretur:& quāuis nec ipse possideret,n hilominùs tamen Seruianam habere posset suo iure alius locator non possidens,neque tantùm aduersus conductorem,sed etiam aduersus alium possessorem quemlibet: Nec se inuicem impedirent, quomodo se impediunt in Saluiano,quoniam Seruiana non sicut Saluianum datur ad possessionem adipiscendam,adeóque nec ad auocandam sua vi & potestate,sed ad hoc vt ni possessio restituatur arbitrio iudicis, cõdemnatio fiat ex bono & æquo in id omne quod interest locatoris. Itaque per Seruianam auocatur quidem possessio non quæ fuit debitoris, sed quæ est penes detentorem, it non tam vi & potestate actionis quàm iussu & arbitrio iudicis, ac metu condemnationis. Iudex porrò nunquam arbitrabitur singulis restitui possessionem in solidum, cùm sciat & scire debeat fieri per rerum naturam id nullomodo posse. Itaque nulla est,vt ita dicam,incompatibilitas in danda vtrique locatori & vnicuique ipsorum Seruiana in solidum aduersus quemlibet possessorem,cùm & arbitrium iudicis, & condemnatio petita diuisionem recipere possit,quam Saluianum recipere non potest,vnoquoque locatore id agente per hoc interdictum vt rei quam habet in solidum obligatam aut de qua in solidum obliganda pactus est, possessionem quoq; in solidum nanciscatur, ei tamen quod nos dicimus,Seruianæ actionis & Saluiani interdicti similem in eo esse rationem, quod siue Seruiana inter ipsos moueatur, siue interdictum reddatur,melior condicio est possessoris,obstare valdè creditur,quod scriptum est *in d.l.vlt. D.de Saluian.interd.* In Saluiano interdicto si in fundum communem duorum pignora sint ab aliquo inuecta, possessoré vincere,& ideò descendendum eis esse ad Seruianum iudicium. Iam ergo de illius legis sententia videamus, quæ sanè perobscura est , nec magis à viro doctissimo Iacobo Cuiacio,quàm ab Accursio, Bartolo aliisque veteribus interpretibus bene percepta.

ERROR TERTIVS.

De varijs interpretationibus l.vlt.D. de Saluian.interd.

FECIT legem hanc interpretibus difficilem id ferè vnum, quod sic concepta est, quasi Vlpianus differentiam constituat inter Seruianam actionem & Saluianum interdictum *in* specie illa, quam tractat de rebus coloni illatis iure pignoris in fundum communem duorum: Ait enim primùm potiorem fore possessorem in Saluiano quod inter locatores ipsos reddatur: mox subiicit quasi in quandam consequentiam, esse iis decurrendum, & vt ille loquitur,descendendum ad Seruianum iudicium. Quorsum enim ita scriberet, si non aliud in Seruiano iudicio quàm in Saluiano interdicto seruaretur , vt vincere omnimodo deberet is qui possideret? Et tamen in Seruiana quoque idem iuris esse vt possessor vincere debeat tam apertè scriptum est ab eodé Vlpiano *in l.si debitor* 10. *D.de pignor.* vt nihil potuerit scribi apertiùs. Quare nec Accursius,nec Bartolus aliíve antiqui interpretes dubitant, quin eadem ratio constituenda sit actionis,Seruianæ,& Saluiani interdicti, vt melior esse debeat condicio occupantis:ac quoniam negare non possunt, quin differentiam aliquam præ se ferant verba Vlpiani in *d.l. vlt.* sic eam explicãt, vt actio Seruiana quæ inter locatores ipsos competit, directa sit non vtilis,

Saluia-

Digitized by Google

Saluianum autem è contrario vtile non directum. In quo apertè vim faciunt non tantùm rationi iuris quæ facit vt interdictum hoc directum censeri debeat non vtile, quemadmodum ostendimus in præcedentibus, sed etiam Vlpiano quem apertissimum est *in d. l. vlt.* differentiam in eo vno constituere, vt in Saluiano interdicto quod inter locatores ipsos redditur, possessor vincat, in Seruiana verò, non item. Idque nec Cuiacius ipse negat qui *lib. 5. Obser. cap. 24.* vt nouam eius loci interpretationem adferat, ait conungendam esse *dictam l. vlt. cum fine d. l. si debitor*, in eámque rem emendat primùm inscriptionem *d. l. vlt.* quasi sumpta sit ex eodem Vlpiani libro, ex quo & *a. l. si debitor*, id est ex septuagesimo tertio ad edictum: Deinde restringit sententiam *d. l. vlt.* ad eum casum qui proponitur in vltimo responso, *d. l. si debitor*, cùm res coloni pignoris iure illatæ sunt in fundum communem plurium, sed ita vt non singulis in solidum, at vtrique pro partibus essent obligatæ. Quo casu vult Cuiacius & Saluianum interdictum posse inter ipsos reddi & in eo vincere possessorem debere: quoniam, inquit vir doctissimus, in hoc interdicto de sola possessione quæritur, non de iure pignoris, Possessionis autem par causa est in vtroque. Possessorem igitur vincere necesse est: at si Seruiana proponatur aliud erit, quia cùm in ea non tam de possessione quàm de iure pignoris disputetur, par autem & æquale ius habeat vterque locator in rebus coloni, consequens est vt vterque debeat obtinere ad dimidiam partem possessionis adprehendendam, quomodo scriptum est *in fine d. l. si debitor*, & *in l. 1. §. 1 in fin. de Saluian. interd.* Ego verò satis mirari non possum tanti viri quam ille aliis interpretibus obiicit, ἀμηχανίαν. Nam vt omittam leuem esse aut nullam potiùs coniecturam quam ille sibi fingit vt emendet inscriptionem *d. l. vlt.* contra exemplaris Florentini fidem, illud primùm falsum est quod supponit ipse pro vero, Reddi posse interdictum Saluianũ inter ipsos locatores, qui res communis coloni habeant pro partibus tantùm obligatas, quia cùm locator locatori extraneus sit, vt & alius quilibet qui nihil conuenerit de pignore, id est extra conductorem, eundémque debitorem, fatendũ est ex iis quæ suprà disputauimus locatorem à locatore, siue possidentem per huiusmodi interdictum conueniri non posse: multóque minùs dici potest quod præcedente capite probauimus, eo ex locatoribus qui non possidet exercente Saluianum aduersus conductorem, induci Saluianum inter ipsos per contradictionem alterius locatoris, quo demum casu possessor vincit. Id enim tùm euenit, cùm is qui possidet ius habet retinendæ possessionis totius rei obligatę, quã similiter totã adipisci velit is qui nõ possidet: quod porrò nõ aliter cõtingit, quã si ponas cõueniisse vt res coloni singulis locatorib. essent in solidũ obligatæ. Nã quemadmodũ ius Saluiani ex pacto pignoris proficiscitur, *§. interdictũ autẽ Iust. de interd.* ita fieri nõ potest vt vel pro aliis reb. cõpetat quã de quib. obligãdis cõuenit, vel pro maiore parte rerũ coloni, quàm pro qua obligatæ fuerũt. Alioqui latiùs pateret effectus quàm sua causa, nec dici posset quo iure supra eã partẽ, de qua obliganda cõueniisset, Saluianũ ꝓponeretur. Ergo cùm illatis reb. coloni iure pignoris in fundum communem plurium, ita vt singulis non nisi pro partibus obligatæ essent, verum sit dicere partem duntaxat earum rerum omnium vnicuique ex locatoribus obligatam esse, nec ius vllum pignoris vni locatori acquisitum esse in ea parte quæ alteri est obligata, nulla prorsus ratio est cur prohiberi debeat is qui non possidet quominùs Saluiano vtatur aduersus conductorem etiamsi

Digitized by Google

alius locator qui eas res in ſolidum poſſidet, contradicere velit, nec rurſus vt audiendus ſit is qui totas res poſſidet, ſi prætextu pignoris in parte tantùm conſtituti vniuerſam poſſeſſionem velit ſibi in ſolidum retinere. Neque eſt quod quis dicat cum Cuiacio debere ideò poſſeſſorem etiam hoc caſu vincere, in Saluiano, quòd in eo interdicto non quæratur niſi de poſſeſſione. Etſi enim verum illud eſt, non tamen de poſſeſſione qualibet ac ſimpliciter quæritur, ſed de poſſeſſione rei pignoratæ aut de qua pignoranda conuenit. Ergo non niſi quatenus fuit oppignorata, & pro illa duntaxat parte non in ſolidum ſi non in ſolidum fuerit obligata. Ac proinde ſicut ille ex locatoribus qui non poſſidet non habet Saluianum niſi pro dimidia parte rerum coloni, quam dimidiam ſolam habet obligatam, ita fieri nequit vt pro ea parte vincatur ab alio locatore etiam qui totas res de quibus agitur in ſolidum poſſideat, quoniam alius ille locator, quem ponimus in ſolidum & ſolum poſſidere, nullum habet ius eas res retinendi prætextu pignoris pro ea parte pro qua non habet illas obligatas, & quemadmodum non poſſet pro illa parte ſi non poſſideret Saluianum exercere ne quidem aduerſus conductorem, non magis quàm prætextu alterius partis ſibi obligatæ contendere aliam quoque partem illam ſibi eſſe obligatam, ſic neque permittendum illi eſt vt Saluianum exercenti locatori contradicat, quoniam ita fieret vt per eiuſmodi contradictionem induceret Saluianum, quaſi plus iuris habens contra locatorem illum non obligatum, quàm habiturus eſſet contra ipſum conductorem eundémque debitorem, qui ſi ipſe ageret ad auferendam locatori ſuo poſſidenti, partis illius non obligatæ poſſeſſionem, vtique deberet vincere & vinceret propoſita vindicatione, adeò vt nec illud ei obſtaret, quod etiam ob chirographariam pecuniam pignus retineri poſſe, conſtat *l. 1. C. etiam ob chirogr. pecun. pign. retin. poſſ.* Neque enim vllum pignus eſt pro ea parte quæ locatori iſti poſſidenti numquam obligata fuit. Pignus autem neceſſe eſt conſtitutum eſſe in ea re quam quis ſiue ob chirographariam, ſiue ob aliam pecuniam retinere velit. Proinde fieri nequit vt poſſeſſor hic alium locatorem nō poſſidentem vincat tanquam poſſeſſor, non magis quàm quaſi pignoratitius creditor, cùm pro parte non obligata pignus nullum habeat tametſi habeat poſſeſſionem. Duplex igitur in hac re Cuiacij error eſt, Vnus, quod putat Saluianum reddi poſſe inter plures locatores quibus non fuerint res coloni obligatæ niſi pro partibus. Alter quod vult in eo Saluiano vincere illum qui ſolidum poſſidet, quamuis non conueniatur per Saluianum niſi pro ea parte quæ non ipſi ſed alteri ſoli locatori, qui nihil poſſidet, fuerit obligata: ſic enim loquendum eſt cum Cuiacio cæteriſque interpretibus qui putant eo caſu quo interdictum Saluianum inter locatores ipſos redditur, poſſidentem conueniri à non poſſidente tanquam alium quemlibet poſſeſſorem, vtili ſcilicet interdicto, quod æquè falſum eſſe iam oſtendimus in ſuperioribus. In ſumma hoc contendo, locatorem hunc quem vult Cuiacius poſſe conueniri Saluiano à locatore alio non poſſidente, non magis poſſe vincere pro ea rerum obligatarum parte quæ obligata ei non eſt, quàm ſi eam non poſſideret, ſed vinci omnimodo debere ſicut alius quilibet poſſeſſor iniuſtus conuictus ex ſuppoſito interpretū errore per vtile Saluianum, vinceretur: cùm locator hic etiamſi pignus habeat in dimidia parte rerum obligatarum, in alia tamē in qua pignus nullum habet, extranei cuiuſlibet poſſeſſoris iure cenſeatur: quē porrò vtiq; nemo dixerit ob id ſolū

vincere

vincere debere quod possideat : cùm nemo vincat hoc ipso quod possidet nisi quando cætera sunt paria *l.2. ff. vti possidet. l. vlt. ff. de acquir. poss.* Non possunt autem videri paria quoties is qui possidet rem in qua nullum pignoris ius habet, conuenitur ab eo, qui in eadem re vel dominij vel pignoris ius habeat, alioqui numquam obtineret is qui vel directam rei vindicationem iure domini, vel vtilem Seruianam & hypothecariam iure creditoris pignoratitij exerceret; cùm vtraque actio ista supponat possessionem ex parte illius, qui conuenitur.

ERROR QVARTVS.

De pluribus locatoribus habentibus obligatas res coloni pro partibus, sed ab altero tantùm possessas.

IN eóque rursum alius & intolerabilis error est eiusdem viri doctissimi, existimantis in ea specie quam tractat de pluribus locatoribus quibus res coloni obligatæ sint pro partibus, & quas tamen vnus ex ipsis solus & in solidum possideat parem vtriusque causam esse, non alio vtique colore, quàm quia verum sit æquo iure & pro æquis partibus res coloni fuisse vtrique obligatas. Nam imò verò prorsus dispar causa est in ea scilicet parte quam ponimus non fuisse possidenti obligatam, cùm alij qui non possidet agítque Saluiano fuerit obligata. Fateor parem esse vtriusque locatoris causam in tota re oppignerata, id est, si partem cum parte conferas, quoniam vterque habet obligatam partem dimidiam, sed si partes singulas separatim accipias, quomodo sunt necessariò accipiendæ cùm quærimus, an is qui partem dimidiam quam obligatam habet persequitur Saluiano contra eum qui possidet in solidum, debeat pro illa parte vincere an vinci, non potest par esse causa illius qui eam partem dicit, probátque sibi obligatam esse, & alterius qui nullum in eadem parte ius pignoris prætendit, sed in alia tantùm de qua non disputat qui Saluianum exercet. Cur ergo debeat vincere is qui solidum possidet ob hoc solùm quod possideat? Nam etsi poneres conueniri eum Saluiana pro alia parte, quam & obligatam haberet & possideret, equidem vinceret, at non tanquam possessor, sed tanquam creditor pignoratitius, nec tam potior, quàm solus in ea parte, quæ nullomodo sit actori obligata & pro qua ideò certum est Saluianum competere non posse, ne quidem, vt dixi, contra ipsum conductorem. Atque ita esse, nec aliud Iuliano, quàm nobis visum fuisse, apparet non obscurè, ni fallor, ex eo quod ille *in dicta leg. 1. §. 1. eod. tit. de Saluiano interd.* postquàm prosecutus est eam speciem in qua res coloni in fundum communem plurium illatæ sint, ita vt vtrique & vnicuique ipsorum in solidum essent obligatæ, dixítque singulos illos aduersus extraneum quidem Seruiana actione non interdicto rectè experiri, inter ipsos verò interdictum reddi posse in quo meliorem possidentis condicionem esse oporteat. Subiungit tanquam planè diuersam, diuersóque iure censendam aliam speciem quam nunc tractamus, si inter colonum & locatores conuenerit, vt singulis locatoribus obligatæ essent res coloni pro partibus tantùm, vtilem actionem locatoribus & aduersus extraneum & inter ipsos dandam esse per

quam fiat vt dimidiam partem poſſeſſionis ſinguli adprehendant. Quid enim hoc aliud eſſe obſecro, quàm quod nos volumus, non poſſe in hoc caſu competere Seruianam quam competere Iuliano dixerat contra extraneum in priore caſu prioris ſpeciei, neque Saluianum quod in eadem priore ſpecie idem Iulianus dixerat inter locatores ipſos dandam eſſe, ſed tantùm vtilem Seruianam & hypothecariam quam ſanè ſanus nemo eligeret eo caſu quo poſſet habere Saluianum, de quo non dubitatur quin vſum habeat & commodiorem & expeditiorem quoties ille qui eo experitur, poteſt vincere: quod omnium manifeſtiſſimè indicat Vlpianus *in d.l.vltim.eod.* cùm ait ideò deſcendendum eſſe ad Seruianum iudicium, vt qui non poſſidet poſſit vincere qui haud dubiè in Saluiano vinceretur, vt intelligamus non niſi vrgente neceſſitate decurrendum eſſe ad Seruianam, & eo demùm caſu quo vel nullomodo, vel non ſatis commodè poſſit locus eſſe interdicto, vt de directa rei vindicatione ſcriptum eſt *in l. is qui deſtinauit* 24. *D. de rei vindicat. §. commodum Inſtit. de interd.* Et idcircò nimirùm dicitur deſcendere & progredi is qui ad Seruianum iudicium decurrit, quoniam primus gradus eſt primúmque conſilium Saluiani ſi fieri poſſit, proponendi: & à Seruiana ad Saluianum venire non progredi, ſed regredi eſſet, nec decurrere, ſed recurrere, nec deſcendere quod facilius eſt, ſed aſcendere, quod difficilius & laborioſius.

ERROR QVINTVS.

Cur non competat, directa Seruiana cùm conuenit vt res coloni pluribus obligatæ ſint pro partibus.

QVR verò non competit directa Seruiana, cùm conuenit vt res coloni pluribus locatoribus obligatæ eſſent non in ſolidum ſed pro partibus? an non perinde verum eſt partem earum dimidiam obligatam eſſe, ei verò qui obligatas habet res coloni directam competere Seruianam *§. item Seruiana Inſt. de action.* Reſpondeo ius hoc ex eo proficiſci, quod is qui agit Seruiana, contendit rem in quam agit eſſe ſibi obligatam, verum autem non eſt dicere totam rem eſſe obligatam quæ non niſi pro parte obligata eſt, pro parte, inquam, indiuiſa. Nam ſi poneres partes eſſe diuiſas tot viderentur eſſe fundi, quot eſſent portiones, cùm fundus ſit ex earum rerum numero, quæ habent partes homogeneas, quia quælibet pars fundi eſt fundus, & ideò nihil prohiberet in vtrãque partem dari Seruianam directam *l.3.§.vlt.D.qui potior.in pignor.hab.* At cùm partes ſunt indiuiſæ nulla corporis pars eſt ita obligata vni, vt non ſit verum dicere alteri quoque obligatam eam eſſe *l.illud* 46. *D.de rit.nupt. l.ſerui electione* 5. *§.1.& vlt.de leg.1.* idque vi & poteſtate ipſius pacti quod vnam duntaxat rei partem indiuiſam afficiendo, aliam hoc ipſo ab obligatione exemit. Hoc enim addendum eſt vt ei ſatisfaciamus qui fortaſſe nobis obiecturus eſſet: tum quoque cùm conuenit de rebus coloni pluribus locatoribus ſimul & in ſolidum vnicuique ipſorum obligandis, verum eſſe dicere non ita res illas vni in ſolidũ obligatas quin obligatæ eſſent etiam alteri & quidem in ſolidum, nec eo minùs tamen ſingu-

Digitized by Google

ſingulis competere directam Seruianam *l. ſi debitor* 10. *D. de pignor.* Sed ſunt iſta diſſimilia. Hoc enim caſu nihil eſt quod Seruianam impediat quominùs exerceri poſſit ab eo qui verè poteſt dicere res in quas agit obligatas ſibi eſſe in ſolidum ex propria conuentione, quamuis æquè verum ſit eaſdem illas eſſe alteri quoque obligatas, & quidem perinde in ſolidum, vt *in d. l. illud*, nempe quoniam id fit non eiuſdem pacti poteſtate, ſed alterius locatoris qui propria etiam conuentione ſibi proſpexit. Ex quo fieri neceſſe eſt vt ſicuti concurrunt in iure pignoris, ita etiam concurrant in iure proponendæ actionis Seruianæ ſi ambo & ſinguli agere Seruiana velint contra extraneum: Itémque vt ſi inter ſe & inuicem agant poſſeſſor vincere debeat non defectu iuris ex parte agentis, ſed vi exceptionis oppoſitæ ex parte poſſeſſoris *d. l. ſi debitor.* At vbi conuenit vt res coloni obligatæ eſſent pluribus quidem locatoribus, ſed ſingulis non niſi pro partibus, pactum ipſum eſt quod facit ne poſſit res dici obligata eſſe vnicuique ipſorum in ſolidum ac proinde impedit ne Seruiana exerceri poſſit, ſiquidem pars quæ obligata eſt, hoc ipſo quod indiuiſa eſt etiam eſt incerta, quia demonſtrari certò non poteſt, tametſi placeat poſſe illam poſſideri, tanquam quæ certa ſit & quod ad quotam portionem, & quod ad rem ipſam cuius quota portio eſt, ſed non quantum ad demonſtrandam oculis partem vllam rei quæ ita ſit obligata vt non etiam aliquid in ea ſit quod non ſit obligatum *d. l. 3. § poſt diuiſionem D. qui potior. in pign. hab.* Nec quæ ita ſit pars vna vt non ſit etiam altera *l. locus certus* 26. *D. de acquir. poſſ.* quæ tamen lex de fundo & re immobili loquitur, cuius alia ratio ſanè eſt quàm rei mobilis: Res enim mobiles non ſolùm indiuiſæ ſunt, ſed etiam vt plurimùm indiuiſibiles, & eiuſmodi vt earum pars nullam vtilitatem adferre poſſit, propter quam cauſam ſolent diuidi numero tantùm & quantitate: quod in rebus immobilibus ſecus eſt: Atqui Seruiana non niſi de mobilibus coloni rebus competit quæ in fundum locatum illatæ ſint pignoris iure & quæ pignoris iure teneantur *§. item Seruiana Inſt. de action.* ac de quibus pro conductionis mercede obligandis expreſſim conuenerit. Tantò minùs ergo fieri poteſt vt Seruiana competat pro ea re mobili quæ pluribus locatoribus, non niſi pro partibus obligata eſſe proponatur, quia neuter ex locatoribus poteſt abſolutè dicere rem illam ſibi pignoris iure teneri quin pro parte mentiatur: nec fieri poteſt vt pareatur arbitrio iudicis iubentis rem mobilem quæ pro parte tantùm obligata ſit pro parte reſtitui, quia tale præceptum impoſſibile eſſet cùm rei mobilis reſtitutio pro parte fieri non poſſit, & tamen eiuſmodi iuſſum præcedere oporteret ex natura cuiuſlibet actionis arbitrariæ qualis eſt Seruiana, vt ſequi poſſet condemnatio *§. præterea Inſt. de action.*

ERROR SEXTVS.

De vera ſententia d. l. vlt. & l. 1. §. vlt. de Saluian. interd.

SVPEREST vt quæ noſtra coniectura ſit de ſententia *dict. l. vlt. de Salvian. interdict.* ſubiiciamus. Id verò vt breuiter expediamus, Dicimus poſſe duobus modis contingere vt res coloni pluribus locatoribus obligatæ ſint in ſolidum, Vno ita

vt simul, id est vna eadé nque conuentione colonus cum vtroque locatore conuene it de pignore, qui casus est quem tractat Vlpianus *in d. l. si debitor* 10. *D. de pignor.* itémque Iulianus *in d. l.* 1. *§.* 1. *de Salvian. interdict.* Altero ita vt ea duplex obligatio per duplicem conuentionem contrahatur, Pacto scilicet de obligandis rebus coloni seperatim adhibito ita vt verum sit dicere res illas coloni vtrique quidem locatori obligatas fuisse in solidum, sed vni priùs quàm alteri: quod euenire necesse est quoties non simul fuerunt vtrique locatori obligatæ. Et hic nimirum casus est de quo intelligi volo Vlpianum *in d. ct. l. vlt.* vbi tract it quidem de rebus coloni illatis in fundum communem plurium, & quidem iure pignoris, id est de quibus obligandis expressim conuenerit, hoc enim necessarium est non minùs vt Seruiana actio quàm vt Saluianum interdictum competat: sed non ponit conuenisse vtrumque locatorem simul de pignore, quod nec fieri necesse est. In eóque aperta differentia est inter pignus expressum pro quo Seruiana competit de rebus coloni in fundum & prædium rusticum illatis, & pignus tacitum quod sola illatione rerum inquilini in prædium vrbanum inuectarum contrahitur. Nam si res inquilini sint illatæ in prædium vrbanum quod sit commune plurium, fieri non potest vt non sint simul & eodem tempore obligatæ, cùm obligentur per solam illationem, quæ porrò sicut vnica est, ita temporum distinctionem ex locatorum diuersitate recipere nullam potest. At è contrario cùm obligantur per pactum expressum, potest duplex pactum intercedere, solétque vt plurimùm ita euenire, & consequenter alterum altero anterius esse necesse est, ac proinde alterum ex locatoribus altero potiorem: ex vulgari iuris regula quæ vult in pignoribus eum qui sit prior tempore, esse etiam potiorem iure. Ita fit vt si inter istos locatores Saluianum interdictum reddatur, quod vtique reddi potest cùm singuli habeant res coloni in solidum obligatas, vincere debeat is qui possidet, vt scribit Vlpianus *in d. l. vlt.* quia hoc casu cætera sunt paria, cùm vterque locator nitatur pacto expresso ex quo Saluianum nascitur; nec quod alter altero anterior sit facere potest vt ideò debeat vincere si non sit possessor. Id enim ad ius pignoris tantùm pertinet, non ad causam possessionis de qua sola quæritur in Saluiano interdicto. Sed si is qui tempore anterior est in pignore, quia prior interposuerit pactum de obligandis rebus coloni velit agere Seruiana, quod suo iure facere etiam potest, cùm habeat res illas in solidum obligatas, vincet proculdubio licèt non possideat, quoniam in Seruiana non de possessione quæritur vt in interdicto, sed de solo iure pignoris, in quo potior est non qui possessor, sed qui prior inuenitur. Itaque vt vincat is qui non possidet, necessarium ei est auxilium actionis Seruianæ, is verò qui possidet nec Seruiana indiget, nec Saluiano, neque etiamsi velit aut actionem illam, aut interdictum hoc proponere potest, quia possidenti, neque hoc interdictum accommodari potest quod est adipiscendæ possessionis, neque Seruiana per quam possessio quæ penes alium sit, auocatur. Denique inter duos istos casus Rerum coloni pluribus locatoribus simul & coniunctim, aut seperatim obligatarum, nihil interest quantum ad hoc vt locator qui non possidet possit aut actione Seruiana experiri contra possidentem, siue alius locator ille sit, siue tertius possessor quilibet, aut interdicto aduersus colonum ipsum, inducente tamen inter ipsos locatores Saluianum alio locatore per suam contradictionem tuendæ possessionis suæ gratia vt explicauimus in superioribus.

Digitized by Google

ribus. Sed interest tantùm quod ad hoc vt agens Seruiana is, qui prior fuit in contrahendo pignore vincat alium locatorem quamuis possessorem, à quo haud dubiè vinceretur, non modò si Saluianum proponeret omni casu, sed etiam si Seruianam exerceret contra eum qui concurreret in tempore, ita vt non esset posterior, licèt nec prior esset, quia non minùs in Seruiana, quàm in Saluiano verum est, quoties cætera sunt paria, potiorem esse causam possessoris debere, cætera autem esse paria, cùm vtriusque locatoris pignus eiusdem temporis est, Nempe quod pertinet ad Seruianam. Quod enim ad Saluianum spectat, sunt etiam cætera paria, tùm quoq; cùm vnius ex locatorib. pactum alterius pacto anterius fuit, vt iam diximus, dummodò vterq; habeat pro se conuentionem pignoris, quia solum pactum sufficit ad inducendum Saluianum, nec tempus pacti spectatur tanquam quod nihil commune habeat cum iure & causa possessionis. Igitur in Saluiano hoc plus est quàm in Seruiana, quod nihil refert an res coloni fuerint obligatæ simul & coniunctim plurib. locatoribus, an separatim, Omni siquidem casu vincit locator ille qui possidet etiãsi tẽpore posterior sit in iure pignoris: Qui tamen nõ vinceret, sed vinceretur, si Seruiano iudicio conueniretur. Et hoc vnũ in toto tractatu nostro est quod Cuiacius benè verèque dixit, non semper in Seruiana vincere iliũ qui vinceret in Saluiano. Excipiendus enim est ille casus, & quidem vnicus, quo is qui ex locatoribus possessor est, sit tamẽ in causa pignoris posterior tempore. At non ille quẽ vir doctissimus cõminiscitur, si pluribus locatoribus eadem res coloni non in solidum obligatæ sint sed pro partibus. Hoc enim casu neque Seruiana competit, neque Saluianum, vt probauimus, sed vtilis Seruiana & hypothecaria, tantùm abest vt verum esse possit quod vult Cuiacius, vincere hoc casu debere in Saluiano eum qui possidet, in Seruiana verò eum qui tempore sit prior. Neque enim fieri potest vt non semper & omni casu vincatur ille qui nullo iure agit: quod euenit in eo qui aut Saluiano aut Seruiana actione experitur pro ea parte quam nullo modo habet obligatam. Adeò vt non tam malè quàm nihil agere dici possit, vt in *l. 1. in fin. D. quand. dies vsusfr. leg. ced.*

ERROR SEPTIMVS.

De postrema parte §. vlt. l. 1. D. de Saluian. interd.

SVPERIORIBVS coniungendum necessariò est, ne quid prætermittamus eorum omnium, quę ad hunc tractatum pertinẽt, quod scribit Iulianus *in d. l. 1. §. vlt. de Saluian. interd.* Idem seruari oportere si colonus rem quam cum alio communem habebat, pignoris nomine induxerit, scilicet, inquit, vt pro parte dimidia persecutio pignoris detur: nempe non per Seruianam nec per Saluianum, sed per vtilem actionem, id est per quasi Seruianam & hypothecariam, vt & in specie præcedente. Nihil enim prorsus interest an res communis plurium inducatur ab vno tantùm colono in fundum vnius locatoris, An verò res vnius coloni inferatur in fundum communem plurium, non subiecta conuentione vt singulis dominis in solidum esset obligata, sed vt non nisi pro partibus. Vtroque enim casu pignus non contrahitur nisi pro parte, eáque indiuisa, vno quidẽ casu quia socius socij partem obligare non potuit

l.3.§.vlt.qui potior.in pign.hab. Altero autem quia non id actum eſt vt tota res vni ex locatoribus obligaretur. Et conſequenter eadem iuris ratio facit, vt neque Saluianum niſi aduerſus conductorem, neque Seruiana ſiue contra extraneum, ſiue inter locatores ipſos poſſit competere vni ex locatoribus, ſed neceſſariò confugiendum ei ſit ad quaſi Seruianam & hypothecariam: quæ duo quidem ſunt nomina, ſed vnius eiuſdémque actionis licèt contrà ſcripſerit Accurſius *ad d. l.vlt.* ex aliorum tamen quorundam quos refert potiùs quàm ex ſua ſententia, malè in eo emendatus à Bartolo quaſi error ſcripturæ is fuerit potiùs quàm doctrinæ, cùm tamen appareat relatos nec nominatos ab Accurſio interpretes non aliter ſe à propoſita difficultate euoluere potuiſſe quàm ſeparando non ſolùm Seruianam à quaſi Seruiana, ſed etiam quaſi Seruianam ab hypothecaria, quod apertè ſtultum eſt, pugnátque diſertè cum *d. §. item Seruiana Inſt.de action.* aliiſque innumeris iuris locis.

ERROR OCTAVVS.

De vtili Saluiano in ſpecie l.1.in princip.D.de Saluian.interd.

NON alius in toto iure noſtro locus eſt in quo fiat mentio vtilis Saluiani interdicti, præterquàm *in l.1. in princip.D.ill.tit. de Saluian. interd.* vbi proponitur ex Iuliano ſpecies elegans de colono qui ancillam in fundum à ſe conductum duxerit pignoris nomine, tùm eam vendiderit non conſentiente ſcilicet locatore. Hoc enim neceſſariò ponendum eſt, ne alioqui fatendum ſit remiſſum eſſe pignus à locatore qui venditioni conſenſerit, quę res non minùs Saluianum interdictum, quàm Seruianam actionem impediret *l.1.C.de precar. & Saluian.interd.* Ait verò Iulianus quod apud ancillæ huius emptorem ex ancilla natum eſt eius adprehendendi gratia vtile interdictum reddi oportere. Hic verò ſtatim & ex abrupto interpretes omnes exclamant, & poſt omnes ſed altiùs quàm cæteri, Deus bone, quis credat? Iacobus Cuiacius, Viden, inquiunt, dari hoc interdictum etiam contra emptorem de partu apud ipſum emptorem edito ex vendita ancilla? Et quod magis eſt dici vtile hoc interdictum ne putes Iulianum pugnare cum Imperatore qui *in d.l.1.C.de precar.* diſertè affirmat non niſi contra conductorem debitorémve dari, ſcilicet directum. Subtilius verò, ſi diis placet, argumentatur Iacob. Menoch. *in remed.3.adipiſc.poſſeſſ.* non eſſe dubitandum quin de ancilla ipſa vendita multò magis idem ipſum ſenſerit Iulianus quod ſcripſit de partu ancillæ non vendito, ſed apud emptorem nato: eius nimirum adprehendendi gratia vtile quoque interdictum competere, cùm fieri nequeat vt minùs iuris habere debeat locator, idémque creditor in proponendo Saluiano pro ancilla vendita quæ expreſſim fuit oppignerata, quàm pro ancillæ partu de quo nihil expreſſè dictum fuerat in pignoris conuentione, quíque non aliam ob cauſam poſſit videri obligatus, quàm quòd matris condicionem ſequatur *l.1. Codic. de part.pignor.* Addit Cuiacius *libr.5. Obſeruat. capit.24.* Sicuti non tantùm Seruiana actio aliqua eſt, ſed etiam quaſi Seruiana, quæ & vtilis Seruiana appellatur, ita & admitti oportere non tantùm Saluianum interdictum aliquod eſſe, ſed etiam quaſi Saluianum, id eſt vtile

tile illud cuius meminit Iulianus *in d. l. 1. in princip.* Ego verò tametsi nolim negare quod Iulianus tam apertè scribit, & certè verissimum est, aliquod esse vtile Saluianum quod ita dici possit & debeat ad differentiam directi, nego tamen Iuliani sententiam eam esse quam omnes interpretes sibi fingunt, vt interdictum illud vtile possit contra emptorem exerceri siue in specie *d. l.* 1. siue alio vllo casu. Nec video quid causæ sit, cur probandum habeam nihil tale sensisse Iulianum cùm in eius verbis nihil sit quod hunc sensum præseferat. Quid enim est quod scribit? Hoc vnum videlicet, ne quid addamus vel detrahamus, *quod apud emptorem ex ancilla natum est, eius adprehendendi gratia vtile interdictum reddi oportere.* At nos qui non Iuliano sed erroribus interpretum pugnam & bellum indicimus non de illo nunc disputamus, de qua re interdictum Saluianum, siue directum, siue vtile dari oporteat, sed tantùm, contra quem, an contra venditorem ancillæ eundémque conductorem & debitorem, quod nos adfirmamus, an verò etiam contra emptorem, quod interpretes volunt. Hoc autem est de quo Iulianus nihil scribit, nempe qui sicut non dubitabat quin aduersus conductorem tantummodo interdictum dari posset, ita neque putabat fore vt quisquam esset tam stupidus qui responso illo adeò eleganti deceptus probare vnquam ex eo vellet, emptorem ex interdicto illo vtili posse conueniri, sunt enim semper supponendi, vt est in brocardico, termini habiles, nec vnquam faciendum est, vt in responsis maximè prudentum interpretandis fingamus, & præsupponamus quasi in necessarium antecedens tale quid ab iis intellectum esse, quod etiam disertè scriptum legeretur, an tamen verum esset, aut quomodo accipi oporteret, dubitari probabiliter posset. Nam, vt habet sententia iuris pontificij, intellectus dictorum ex causis dicendorum sumendus est, non contrà. Cùm igitur Iulianus de illo tantùm quærat, qua de re interdictum competat non contra quem detur, Quis ferat illationem istam interpretum, vt ex eo quod scriptum est de partu ancillæ oppigneratæ apud emptorem edito interdictum vtile reddi oportere, inferant, emptorem igitur vtili interdicto conueniri posse?

ERROR NONVS.

De sententia & ratione d. l. 1. in princ. D. de Saluian. interd.

EFFELLIT interpretes, quod videre non potuerunt quis alius præter emptorem conueniri possit Saluiano de partu qui apud emptorem ipsum natus proponatur, illud verò longè difficilius est, qui fieri possit vt conductor, idémque debitor qui ancillam vendidit conueniatur pro partu post venditionem nato: quod tamen nos adfirmamus. Neque tamen facilius quicquam est, si propiùs intueare. Cùm enim ancilla vendebatur olim, occurrebat passim, vt propter vitium aliquod apparens quod antè latuerat, redhiberetur ex ædilitio scilicet edicto, cuius in eam rem præcipuus vsus erat. Id verò cùm eueniebat, etiam quod ex ancilla post venditionem, ac proinde apud emptorem natum erat, reddi oportebat, siue vnus tantùm partus esset, siue plures, vt ait Vlpianus *in leg. quòd si no-*

lit 31 *§. si ancilla. D. de ædil. edict.* vbi additur, sed etsi fortè vsusfructus proprietati adcreuerit indubitatè hunc quoque restituendum esse: sed & peculium quod quæsit apud emptorem, si modò non ex re ipsius emptoris quæsitum sit, sed aliunde obuenerit. Quid enim aliud est redhibere quàm facere vt rursus habeat venditor idipsum quod habuerit antea *leg. redhibere* 21. *eod.* id est eodem prorsus modo & iure quo nunc haberet si nunquam habere desijsset? Nam & solemus ideò dicere, Mancipio redhibito retroagi omnia, vt Paulus loquitur *in leg. quia redhibito* 9. *D. de alien. iudic. mut. caus. fact.* vbi ex hoc infert, non videri alienare iudicij mutandi causa eum, qui redhibet, nisi propter hoc ipsum redhibeat non aliàs redhibiturus. Et ratio est quia redhibitio fit necessitate iuris ex parte venditoris, qui recusare non potest quominùs rem recipiat si emptor redhibere velit, quamuis ex parte emptoris sit voluntaria *l. bouem* 43. *§. si quis cùm consilium D. de ædilit. edict.* in cuius fine obserua legendum esse *venditum* non *venditor*. Nec contrarium est quod placet pignus manere obligatum etiamsi redhibitum fuerit mancipium, quod fuerat pignoratum: *d. l. bouem §. pignus.* Ita vt non desinat Seruianæ locus esse nisi ex voluntate creditoris emptor redhibuerit rem quam emerat *l. si debitor* 4. *in princip. D. quib. mod. pign. vel hypoth. solvit.* Id enim rationem illam habet quam modò diximus quod ex parte emptoris redhibitio sit voluntaria, cùm nemo cogat eum redhibere inuitum. In quo differt redhibitio quæ fit edicti potestate ab ea quæ fit ex necessitate pacti præcedentis concepti sub condicione casuali non potestatiua *l. 3. eod. tit. l. 4. alias l. si ex duobus §. sed & Marcellus D. de in diem addict.* ne scilicet aliter posito iure fieret iniuria venditori qui non aliter quàm certa illa dictáque lege fuerat venditurus. Cæterùm tùm quoque cùm redhibitio fit ex edicto Ædilium, licèt pignus maneat obligatum quod ab emptore ante redhibitionem fuerat constitutum, illud tamen quoque verum est non aliter videri rectè factam redhibitionem quàm si pignore liberatum mancipium redhibeatur, quemadmodum & redimi illud necesse esset si alienatum fuisset, *d. §. pignus.* Id si non fiat nihilominùs manet quidem pignus quod fuit, sed tenetur emptor venditori, adeò vt non priùs ad redhibitionem admittatur, vnde illud etiam fit vt cùm redditur ab emptore mancipium venditori de dolo repromitti oporteat, sitque cautio necessaria ne fortè aut pignori datus sit seruus ab emptore, aut furtum eius furtum siue damnum alicui factum sit *d. l. redhibere §. 1 vt & in specie l. si post acceptum 18. D. de aed. vind.* Enimuerò si pignus ab emptore constitutum in ancilla redhibita manet obligatum, Malò magis certum est manere pignus quod ab ipso venditore in eadem ancilla constitutum fuerat, nec interrogare vt per redhibitionem resolutum fuerit, quod numquam euanuit, cùm alienatio, neque facta sit, neque fieri potuerit nisi cum sua causa *l. debitorem* 15. *& pass. C. de pignor. l. 3. vnic. C. ne rem alien. gerent. non interd. ser. suar. alien. l. alienatio* 67. *D. de contr. empt.* Cùm igitur dubitari non possit quin ancilla redhibita quæ fuerat à venditore eodémque conductore oppignerata locatori ante venditionem, maneat semper eidem locatori obligata, illud omnino consequens est, vt partus quoque apud emptorem ex ipsa editus, & cum matre redhibitus in eandem pignoris causam recidat, matrisque conditionem sequatur ex *dict. l. 1. C. de part. pignor.* Nec tantùm si ponas conceptum fuisse apud venditorem, vt

iidem

ijdem interpretes noſtri malè ponunt, ſed etiamſi apud emptorem, vt omnium apertiſſimè probat ſupradictus Vlpiani locus *in d. §. ſi ancilla*, in illis verbis *ſiue vnus partus eſſet ſiue plures*. Quomodo enim fieri poſſet vt plures partus editi eſſent apud emptorem, quin ſaltem poſtremus apud eundem conceptus fuiſſet? Plures ſiquidem partus cùm dicimus non plures liberos intelligimus, qui ſcilicet primo etiam partu edi poſſent, ſed multiplicitatem ſignificamus partuum diſtinctis temporibus & conceptorum, & editorum *l. Areſcuſa 16. D. d. ſtat. homin.* de cuius ſententia & emendatione ſcripſimus *lib. 19. Coniect. caput. 1. 2. & 3.* Nec quod partus apud emptorem conceptus nunquam venditoris fuerit, ad rem facit. Nam vt mancipio in cauſam pignoris dato, etiam illa quæ ex eo nata ſunt eodem iure habeantur, ſufficit vt ad eum qui obligauit, aut ad heredem eius dominium ipſorum quandóque peruenerit *l. Paulus 29. §. 1. D. de pignor.* vbi proinde quod additur ſi tale mancipium apud emptorem pepererit, non fore partum obligatum, de eo partu accipiendum eſſe conſtat, qui ab emptore ad venditorem nunquam redierit per redhibitionem, ſed qui ex quo ſemel factus eſt emptoris, exinde ſemper eius manſerit, aut non niſi ex noua fortè cauſa, vtrimque prorſus voluntaria peruenerit ad venditorem. Illa ſiquidem retroactio quam per redhibitionem fieri diximus & per quam fiat vt ancilla redhibita perinde habenda ſit quod ad venditorem pertinet, acſi vendita nunquam fuiſſet, non ſimiliter locum habet cùm & redditur emptori ex cauſa nouæ conuentionis, quæ ſit omnino voluntaria *d.l. 3. in fin D. quib. mod. pign. vel hypoth. ſoluit.* De quo tamen plura ſequenti capite dicenda erunt. Vnum illud interpretationi noſtræ obſtare videtur, quod apud Iulianum *in d.l. 1. in princip. de S. Iuſtin. interd.* nulla fiat mentio redhibitionis, ideóque commentitia interpretatio noſtra eſſe videatur, &, vt loquuntur, diuinatiua. Sed iam reſpondi ſupponendos ſemper eſſe terminos habiles, neque id commentum aut diuinationem dici debere, ſed aptiſſimam planéque neceſſariam interpretationem, ne alioqui nulla cogente verborum neceſſitate ratio iuris violetur.

ERROR DECIMVS.

Cur de partu pignoris obligato apud emptorem concepto & ad venditorem reuerſo non detur directum Saluianum contra emptorem.

AT probabiliùs hæſitare & quærere quis poſſit, quid neceſſe ſit tractare in hac ſpecie de vtili interdicto, cùm poſſit directum ſufficere ſi ponamus agi de partu pignoris qui ſit ideò ipſe quoque obligatus quòd per redhibitionem redierit ad venditorem, & agi aduerſus conductorem ipſum non aduerſus extraneum emptorem. Quid enim, obſecro, impedit quominùs directum hoc caſu competat cùm omnia concurrere videantur, quæ ſolent facere vt poſſit locus eſſe directo Saluiano? Hoc verò etiam eſt, quod interpretes noſtri videre non potuerunt, paucíque fortaſſis etiamnum viderent, ſi non eſſet facilis & propemodum obuia reſponſio ex ijs quæ in præcedentibus diſputauimus. Elegans enim reſponſio eſt, petendáque ex eo quod docuimus directum Saluianum nõ tam ex iure con-

tracti pignoris descendere, quàm ex pacto adhibito per quod expressim conuenerit de pignore, vt diserte scriptum est *in §. interdictum autem Inst. de interd.* Inde namque fit, vt quemadmodum potest Saluianum directum competere etiam pro re quæ nec vere obligata sit nec obligari per conductorem potuerit, putà quæ fuerit aliena siue alienam sciuerit, siue ignorauerit conductor qui eam aut bona aut mala fide pignorauit, dummodò eam pignori futuram expressim pepigerit *d. §. inter dictum.* iunct. *l. 1. §. pen. D. de migrand.* Ita quoque è contrario non possit competere ne quidem aduersus conductorem etiam pro re quæ pignoris iure ac vinculo verè teneatur, si non intercesserit pactum expressum de re illa vel specialiter vel generaliter obliganda. Atqui cùm de ancilla sola pactum pignoris conceptum est, præsertim quæ non fuerit eo tempore prægnans licèt partus quoque posteà editus siue apud conductorem ipsum ante venditionem, siue apud emptorem post venditionem, dummodò secuta quandocunque redhibitione perinde obligatus intelligatur ac si de obligando eo nominatim conuenisset *d. l. 1. Co. de part. pignor. duct. l. Paulus 29. §. 1. & l. fideiussor 26. §. vlt. D. de pignor.* Verum tamen est dicere nullum de partu obligando pactum interuenisse, soláque iuris potestate fieri vt partus quoque obligatus censeatur, quod Paulus noster non obscurè significat *in duct. l. Paulus §. 1.* ijs verbis *ea quoque quæ ex ijs nata sunt eodem iure habenda sunt*, & paullò pòst, *siue specialiter de his conuenerit, siue non*, vt intelligamus non tam vi pacti expressi hoc fieri, quàm authoritate iuris, & ex consensu prudentum quorum authoritas fuit in eam rem imploranda *d. l. 1. Co. de part. pignor.* Fateor fieri hoc in consequentiam pacti expressi, quo ancilla fuit pignorata, quia si mater obligata non fuisset, nec partus esset. Sed nego hoc sufficere ad inducendum directum Saluianum, quod vtique requirit necessariò vt pactum præcesserit expressum de obliganda siue specialiter siue generaliter ea re pro qua Saluianum exercetur. Atqui quod pactum interuenerit de ancilla obliganda, non potest facere vt de partu quoque ancillæ obligando conuenisse videatur, ne quidem tacitè, quia non tam ex tacita & præsumpta contrahentium voluntate fit vt partus quoque obligatus intelligatur, quàm ex mera iuris ratione, quæ omnino facit, vt partum pignoratæ ancillæ in pari causa esse qua mater est, prorsus necesse sit: adeò vt probabiliter defendi possit non esse in potestate contrahentium facere, vt matre obligata non sit etiam obligatus partus ex ea editus cuius dominium sit penes debitorem, non magis quàm vt liber sit non seruus, *nisi quod* etiam apud emptorem conceptus perinde seruus est, qua mater ancilla manet, at non æquè obligatus est licet maneat illa obligata: Nimirum quia iuris ratio quæ facit vt partus necessariò sequatur conditionem matris non minùs in iure pignoris, quàm in condicione status, eadem ipsa impedit, ne pignus vtiliter contrahi possit in ea re quæ nec constituti pignoris tempore, nec posteà vnquam fuerit debitoris aut heredum ipsius. *l. ante omnia 23. D. de probat. l. & quæ nondum 15. in princip. & §. 1. D. de pignor.* At cùm partus ancillæ apud emptorem editus peruenit ad debitorem præsertim ex causa redhibitionis, vtraque iuris ratio concurrit vt partus ancillæ sit perinde obligatus atque ancilla ipsa, vtque inuitis etiam contrahentibus condicionem matris necessariò sequatur, cessante scilicet impossibilitate quæ sola facere poterat, ne sequeretur. Et tamen quia per consequentiam pacti expressi quod de o-

de obliganda matre interpositum fuerat hoc euenit vt partus quoque obligatus intelligatur. Benè ac subtiliter Iulianus respondit vtile interdictum hoc casu accommodandum esse locatori aduersus conductorem, cùm vtrumque verum sit & partum hunc obligatum esse reuera, & pactum aliquod interuenisse non quo partus hic obligatus sit, sed propter quod sit obligatus: Pactum videlicet illud quo mater obligata fuit, & sine quo partus non esset obligatus, quia nec mater esset. Tantóque magis necessarium erit hoc casu Saluianum si ponas ancillam non fuisse conductoris, sed alienam, puta quam ipse à non domino, siue bona, siue mala fide comparauerat, cùm hoc casu neque Seruiana, neque quasi Seruiana possit competere: Possit tamen Saluianum in quo agitur, vt dixi, non de iure pignoris sed de sola possessione cuius adipiscendæ per hoc interdictum iusta semper causa est si tale pactum de pignore præcesserit ex quo fuisset res obligata si aliud nihil obligationem impediuisset: quod in proposita specie accidit, in qua poterat pactum de oppigneranda ancilla sufficere ad partum quoque obligandum licet de partu nihil conuenisset, si ancilla non fuisset aliena. Hoc verò etiam interpretes nostri non intellexerunt, qui numquam de Saluiano tractant, quin exigant vt res pro qua interdictum proponitur sit verè obligata, nec contenti sunt pacto pignoris, quo tamen contentum est Saluianum. Idcóque nimirum disputant, qui fieri possit vt partus apud emptorem editus, sit obligatus locatori, & vt faciant obligatum, ponunt fuisse conceptum apud debitorem, existimantes non aliter fieri posse vt veniat in Saluianum. Sed alius ille tractatus est nec minùs difficilis. De quo iam separatim videamus.

ANTONII FABRI I.C. SEBVSIANI, SENATORIS SABAVDIENSIS, ET IN GEBENNENSIS DVCATVS AVDITORIO PRAESIDIS

DE ERROR. PRAGMAT. ET INTERPR. IVR.

DECAS LX.

ERROR PRIMVS.

De partu ex ancilla pignorata & vendita, edito apud emptorem.

Digitized by Google

QVÆRVNT interpretes, An partus ex ancilla pignorata & vendita editus apud emptorem, obligatus esse censeatur. Ideò autem concipiunt quæstionem de partu edito apud emptorem, quia in eo qui esset editus apud venditorem, eundémque debitorem, non dubitarent quin is quoque pignoratus intelligeretur, siue quod ex ratione iuris ita comparatum sit, vt partum oporteat sequi condicionem matris suæ *l.1.C.de part.pignor.* Siue quod ita scripserint disertis verbis Iureconsulti *in l.fideiussor 26.§.vlt.l.Paulus respondit 29. §. 1.D.de pignor.* Dubitant de solo eo partu qui editus sit apud emptorem, & dubitandi causam sumunt, ex eo quòd aliis quibusdam iuris nostri locis videantur prudentes nostri in ea esse sententia, vt partum editum quoque apud emptorem velint esse obligatum, præsertim verò *in l.si conuenerit 18.§.si fundus D. de pignor. act.* vbi Paulus ait, si fundus pignoratus venierit manere causam pignoris, quia fundus cum sua causa transeat *sicut*, inquit, *in partu ancillæ qui post venditionem natus sit*: cui sententiæ congruere putant, quod ex Iulianotraditur *in l. 1.in princip.D.de Saluian.interd.* Si colonus ancillam in fundum pignoris nomine duxerit, & eam vendiderit, quod apud emptorem ex ea natum est eius adprehendendi gratia vtile interdictum reddi oportere. Quomodo enim posset, inquiunt, competere Saluianum pro partu ancillæ si non partus ipse perinde obligatus, atque ancilla ipsa esse intelligeretur? Vident tamen ex diametro repugnare eundem Paulum *in d.l.Paulus §. 1. De pignor.* vbi posteaquàm scripsit, si mancipia in causam pignoris cecidérint, etiam ea quæ ex his nata sunt eodem iure habenda esse siue specialiter de his quoque obligandis conuenerit, siue non, si modò eorum dominium ad eum peruenerit, qui obligauit, vel ad heredem eius, subiungit in hæc verba *Cæterùm si apud alium dominum pepererint, non erunt obligata.* Qui locus adeò apertus est, vt non aliam conciliationis ineundæ rationem videre possint interpretes, quàm vt dicant distinguendum esse an partus apud emptorem editus tantùm sit, sed conceptus tamen apud venditorem eundémque debitorem, An verò apud emptorem & conceptus & editus. Priore casu volunt obligatum esse, posteriore autem non esse. In quo apertè vim faciunt Paulo tam *in d. §.si fundus* quàm *in d §.1.l.Paulus*, nec minùs Iuliano *in d.l.1.in princip de Saluian.interd.* Omnibus enim locis istis, tam quibus probare velis partum esse obligatum, quàm qui præseferant non esse obligatum, natiuitatis tempus solum exprimunt, & cõsiderant Iureconsulti non conceptionis: Cuius sanè ratio hac parte ne haberi vlla possit, iuris ratio ipsa omnino facit. Nam cùm partus priusquàm editus sit, nec partus, nec homo dici possit *l.in falcidia 9.§.1.D.ad leg. falcid.* quid referre, quæso, potest ad eum potiùs obligandum, quòd conceptus fuerit apud debitorem si modò natus sit apud emptorem? Quoties enim de hoc quærimus an res aliqua sit pignori obligata, illud vnum inspicere præcipuè debemus an ipso conuentionis tempore, an saltem aliquando postea fuerit in bonis & dominio debitoris, cùm certissimi iuris sit non aliter pignoris dationem valere posse *l.ante omnia 23. D. de probat.l. & quæ nondum 15.in princip.& §. 1. D. de pignor.* An non autem prius est, vt partus sit natus & editus, quàm vt possit dici obligatus? Omnis siquidem dispositio, vt nostri iactare solent, præsupponit substantiam, nec fieri potest vt non entis, quod aiunt philosophi, vllæ sint qualitates. Neque est quod quis ad hanc speciem trahat, Eum qui in vtero est iam exinde haberi pro nato: Id enim toties verum est quotiesde

Digitized by Google

ties de illius qui in vtero est commodo agitur non etiam si de incommodo tractetur, *vulg. l. qui in vtero 7. D. de stat. homin.* Incommodum autem est non commodum eius qui est in vtero si habeatur pro nato ad hoc vt tãto facilius habeatur pro iam exinde obligato, cùm obligatio illa quo expressior & specialior est, eo magis impediat ne possit ille manumitti *l. si quis non obligatum 6. D. qui fin. manumiss. ad libert. peruen.* iuncta *l. generaliter 29. D. qui & à quib. manumiss.* Præter id quod regula illa ad liberos homines tantùm pertinet non etiam ad seruos vt alibi monuimus. Quomodo enim partus ancillæ conceptus haberetur pro nato, qui etiam natus habendus esset pro nullo? *l. quod attinet 32. D. de regul. iur.* Et sanè cùm ea sit fictio iuris ciuilis inducta potissimùm ob legitimas hereditates, vt constat *ex l. qui in vtero 26. de stat. homin.* fieri nullo modo potest vt ad seruos pertineat qui consortium iuris ciuilis nullum habent, adeóque nec prætorij *l. qui testamento 20. §. seruus quoque D. qui testam. facer. poss.* Nihil igitur potest interesse, vtrum ancilla pignorata conceperit apud debitorem, eundémque venditorem, an verò apud emptorem, & vtroque casu verum est pro pignorato haberi non posse partum, qui apud emptorem editus sit & natus. Nec existimandum est alicui ex antiquis authoribus iuris venire in mentem vnquam potuisse vt aliud responderet: quod neque interpretes feciſſent, si ex supradictis iuris locis, qui pugnare ex diametro videbantur aliter euoluere se potuissent.

ERROR SECVNDVS.

Si partus apud emptorem editus redhibitus sit cum matre pignorata.

NOs verò iam ostendimus Decade præcedente, quàm parum ad rem faciat, quod illi nobis obiiciũt ex Iuliano *in d. l. 1. de Salu. interd.* Saluianum vtile reddi oportere adprehendédi eius gratia quod apud emptorem natum sit ex ancilla per colonum pignorata & in fundum pignoris nomine inducta. Nam cùm id non aliter verum esse possit, quàm si aduersus conductorem agatur contra quem solum potest interdicto locus esse, vt probauimus *ex l. 1. C. de precar. & Saluian. interd.* apparet non de alia specie Iulianum intelligi posse, quàm in qua partus apud emptorem editus, penes venditorem reperiatur, & quidem ex ea causa quæ ius pignoris retrotrahere possit ad tempus conuentionis: quod eo demùm casu verum esse potest, quo ancilla quæ fuerat oppignorata, & vendita, postmodùm fuerit redhibita ex ædilitio edicto. Quo casu sicuti omnia cætera retrotrahũtur, *l. quia redhibito 9. D. de alien. iudic. mut. caus. fact.* Ita & partus ex ancilla pignorata & redhibita editus apud emptorem & conceptus perinde habendus est, acsi apud venditorem ipsum & conceptus, & editus fuisset, cùm veniat in causam redhibitionis, vt probauimus *ex l. quòd si nolit 31. §. si ancilla D. de ædilit. edict.* Atqui si apud debitorem eundémque venditorem & conceptus, & editus fuisset, nemo dubitaret quin pignoris iure ac vinculo teneretur *d. l. Paulus respondit 29. §. 1. & d. l. fideiussor 26. §. vlt. D. de pignor. l. 1. C. de part. pignor.* Multò minùs quin Saluianum eo casu competeret, aduersus debitorem & conductorem. Quidni ergo idem dicendum erit etiamsi partus apud emptorem siue editus tantùm, siue

etiam conceptus fuerit, dummodò secuta redhibitio proponatur? Fit enim hoc non tam vi & iure solius pacti, aut in solam consequentiam obligationis contractæ in persona ancillæ, quàm ex iuncta potestate redhibitionis, quæ retroagit omnia vt diximus. Propter quam causam si poneres partum qui apud emptorem non dicam conceptus, sed editus tantùm fuisset peruenisse ad venditorem aut ad eius heredem ex venditione merè voluntaria, quam potestas redhibitionis, aut alterius contractus antecedentis non extorserit, dicerem sanè, nec obligatum eum fore, nec eius adprehendendi gratia Saluianum competere posse locatori nec directum, nec vtile, ne quidem aduersus conductorem ipsum, quia quod scriptum est *in d.l. Paulus §.1.* obligato mancipio etiam ea quæ ex ipso nata sunt in causam pignoris incidere, siue specialiter de iis quoque obligandis conuenerit, siue non, si modò eorum dominium aut ad eum qui obligauit, aut ad ipsius heredem peruenerit, ita omnino accipiendum est, si dominium illud sic peruenerit ad debitorem aut eius heredem, vt interea cuiusquam alterius non fuerit, vel si fuit, attamen ex causa aliqua retroagente omnia, numquam alterius fuisse intelligatur, alioqui fatendum est medium esse inhabile, nec magis fieri posse, vt partus ancillæ obligatæ apud emptorem editus, & qui proinde numquam fuit in bonis debitoris veniat in obligationem bonorum, quàm vt aliud quicquam ex bonis postea ex quacumque alia causa acquisitis: nisi proponas obligata fuisse generaliter bona omnia præsentia & futura, quod olim erat necessarium vt futura quoque comprehenderentur, *dict. l. & quæ nondum §.1.* vel saltem bona debitoris omnia generaliter & indefinitè, quod hodiè sufficit, post Iustiniani constitutionem, *in l. vlt. C. quæres pignor. oblig. poss.* Cùm enim partus ancillæ apud emptorem editus peruenit ad venditorem ex nouo contractu prorsus voluntario, & qui nullo modo pendeat à præcedente quo mater fuerat obligata, non potest considerari tanquam partus eius ancillæ, sed tanquam alia res quælibet nihil commune habens, cum ancilla pignorata, exemplo eius quod in specie licèt dissimili scribit Iurisc. *in l. si paterfamilias 15. §.1. D. de adopt. l. item eorum 6. D. quod cuiusque vniuersit.* Adieci *qui nullomodo pendeat à præcedente*, vt casum illum excludam quo redhibeatur partus cum ancilla; *vt in d.l.1. in princ. de Saluian. interd.*

ERROR TERTIVS.

De differentia retrouenditionis & redhibitionis quod ad partum ex ancilla pignorata editum.

SVPERIORI casui similis & ille fortasse videatur, si ponas venditam fuisse ancillam sub pacto de retrouendendo, quæ apud emptorem conceperit & pepererit, postea verò illi ipsi retrouendita sit qui eam obligauerat locatori. Quasi & hoc casu idem eueniat, vt quemadmodum non aliter videtur emptor satisfeciisse obligationi qua tenebatur ancillæ retrouendendæ, quàm si partum ancillæ cùm ancilla ipsa

ipsa reddat venditori, vt post retrouenditionem factam in eo statu sint omnia in quo essent si venditio nulla præcessisset, ita recidat partus ancillæ in eandem causam pignoris in qua esset, si apud venditorem eundémque locatorem & editus & conceptus fuisset, ac proinde similiter peti possit per Saluianum. Est enim simillima redhibitioni retrouenditio, easdémque recipit præstationes, tanquam quæ non in alio differant, quàm quod retrouenditio fiat ex necessitate pacti præcedentis: Redhibitio verò non nisi ex potestate ædilitiæ iurisdictionis, sed non ita est, nam redhibito mancipio etiam fructus restituere emptor cogitur non tantùm quos à venditore percepit, sed etiam quos aliunde consecutus sit *l. cùm autem* 23. *§. vltim. D. de ædilit. ed. &c.* Ex causa verò retrouenditionis non alios fructus emptor restituit quàm quos aut post litem contestatam, aut post obsignationem à venditore factam perceperit *l. 2. Cod. de pact. int. empt. & vendit.* Nimirum quia non sicut redhibitio retroagit omnia tollítque intellectum venditionis præcedentis, ita etiam retrouenditio. Et quamuis verum sit partum non esse in fructu cùm natura rerum omnium fructus hominis gratia comparauerit *l. vetus fuit quæstio* 68. *D. de vsufruct. l. in pecudum* 28. *D. de vsur.* & propter hominum dignitatem vt loquitur *l. iustissimè* 44. *in princip. D. de ædilit. edict.* nihil tamen hac parte distat inter partum & fructum, nec minùs partus quàm fructus causæ appellatione continetur *l. præterea* 20. *de rei vindic.* iunct. *l. Iulianus* 7. *§.* 1. *eod.* Proinde non magis hoc casu potest ancillæ partus recurrere ad venditorem quàm si ancilla purè vendita fuisset sine pacto retrouendendi & consequenter non potest Saluianum interdictum pro huiusmodi partu competere, nec vtile dari, adeóque nec Seruiana exerceri, non modò contra emptorem si partum retineat, sed neque contra venditorem quem ponimus esse eundem conductorem, si fortè emptor cum ancilla partum venditori reddiderit, quia quod ad partum attinet non tam retrouenditus quàm nunc primùm venditus intelligitur qui anteà venditus nunquam fuit: Nec potest dici obligatus locatori, cùm nunquam fuerit in dominio conductoris vt obligare illum potuerit etiamsi maximè voluisset, nisi proponas obligata bona omnia præsentia & futura. Denique latiùs patet redhibitionis nomen & potestas quàm retrouenditionis, Retrouendi enim non potest, nisi quod fuerit venditum, Redhiberi verò potest etiam id quod numquam venditum fuerit, si modò tale sit quod venditor habiturus fuerat, si non vendidisset.

ERROR QVARTVS.

De sententia & emendatione l. si conuenerit 18. *§. si fundus ff. de pignor. act.*

RESTAT igitur vt aliam obiectionem diluamus quæ fit ab interpretibus ex *d. l. si conuenerit* 18. *§. si fundus D. de pignor. act.* qui locus omnium apertissimus est ad probandum, etiam partum qui post venditionem natus sit apud emptorem venire in causam pignoris. Sic enim habent verba Pauli *si*

fundus pignoratus venerit, manere cauſam pignoris quia cùm ſua cauſa fundus tranſeat, ſicut in partu ancillæ qui poſt venditionem natus ſit. Verùm ſi ita eſt, illud quoque fateri interpretes oportebit, quod nos volumus non eſſe diſtinguendum quomodo ipſi diſtinguunt, an partus editus tantùm ſit & natus apud emptorem, conceptus verò apud debitorem: An & apud emptorem conceptus ſit. Neque enim Paulus diſtinguit cuius verba ſupradicta nihil aliud exigunt ad obligandum pignori partum ancillæ pignoratæ, niſi vt natus ſit poſt venditionem. Solius enim natiuitatis non etiam conceptionis Paulus meminit, vt & *in d. l. Paulus §. 1. de pignor.* vbi tamen diſertè negat ea quæ ex obligato mancipio nata ſunt vinculo pignoris teneri, ſi ancilla obligata pepererit apud emptorem. Quam fuiſſe non tam Pauli quàm communem veterum omnium prudentum ſententiam conſtat ex *d. l. ſi deiuſſor 26. §. vlt. eod. & ex d. l. 1. C. de part. pignor.* Ergo dicendum eſt vel pugnaſſe Paulum non modò cùm ſeipſo, ſed etiam cum cæteris prudentibus omnibus, & quod abſurdius fuerit cum ratione ipſa iuris, vel mendoſum eſſe textum illum Pauli, præſertim cuius verba adeò ſimpliciter concepta ſint, vt appareat non aliud eo loco Paulum exprimere voluiſſe, quàm quod ſit extra omnem omnino dubitationem, nec enim tam obiter & breuiter rem tanti momenti perſtrinxiſſet ſi nouam ille ſententiam, ne dicam abſurdam & falſam inducere voluiſſet. Facilis autem emendatio erit, ſi erratum agnoſcas mecum in dictione illa *ſicut*, pro qua equidem non dubito quin legendum ſit *ſecus*, facili errore ex duarum literarum ſimilitudine & adfinitate, cùm alioqui vtraque dictio ex totidem literis conſtet. Ita verò ſi Paulum emendemus, aſſequemur facilè quod volumus, quódque idem Paulus expreſſit apertiſſimè *in d. leg. Paulus §. 1.* Non eſſe obligatum ancillæ partum qui natus & editus eſt apud emptorem, nec diſtinctionem adhiberi oportere, quam nemo ex prudentibus vnquam adhibuit: an partus ille conceptus fuerit apud debitorem necne. Idque monendum fuit à Paulo quia ex eo quod ante dixerat fundum pignori obligatum ſi alienetur à debitore tranſire in emptorem cum ſua cauſa, poterat quis inferre, conſequens igitur eſſe, vt ſi obligata ancilla vendita ſit, partus quoque obligatus videri debeat, etiam qui apud emptorem natus ſit poſt venditionem, quia ſcilicet æquè obligatus eſſet ſi fuiſſet editus apud debitorem, qui vtique alienando non potuit condicionem creditoris ſui facere deteriorem *leg. debitorem 15. C. de pignor.* Sed bene Paulus ſubiicit ſecus eſſe in partu poſt venditionem nato: quia verum eſt, numquam fuiſſe illum obligatum creditori cùm numquam fuerit debitoris, nec ſi prægnans ancilla vendita proponatur, quia partus quandiu in vtero eſt, nec partus nec homo eſt, ſed pars tantummodò viſcerum matris, *leg. 1. §. 1. D. de inſpic. ventr.* Vnde fit vt prægnante ancilla vendita & tradita, ſi partus euincatur non idcirco venditor de euictione teneatur, quia partus venditus non eſt, inquit idem Paulus *in l. ſi prægnans 42. D. de euict.* Nec enim actio de euictione naſcitur, niſi, cùm vel res ipſa vendita euincitur vel pars eius: *leg. 1. l. nunc 36. & paſſ. eod. tit.* Quamuis non eo minùs verum ſit, euicto partu poſſe eo nomine agi ex empto *l. non quocunque 82. §. Iulianus de leg. 1.* quia partum ex cauſa oneroſa habere emptor intelligitur, hoc ipſo quod matrem mercatus fuit *dict. §. Iulianus & leg. ſi quod ex Pamphila 73. de legat. 2.* Nec ſunt iſta contraria, quoniam vt hoc obiter addamus, aliud eſt agere de euictione, ſiue ex duplæ ſtipulatione

latione interpoſita, vt in *l. nouæ empt.* 43. *D. de euict.* ſiue ad duplum vt in ſpecie *l.* 2. *eod.* Aliud verò agere ex empto, poteſtque vna actio competere tametſi alia non competat, adcóque interdum vtrique actioni locus eſſe in eadem ſpecie vt *in l. ſi in venditione* 60. *eod.* vbi Iauolenus ſcribit, ſi in venditione dictum non ſit quantùm venditorem pro euictione præſtare oporteat, nihil vẽditorem præſtare debere præter ſimplam & id quod intereſt, ſed alio & alio iure. Simplam quidem euictionis nomine: Id verò quod intereſt ex natura actionis ex empto: vt intelligamus id quod intereſt præſtari eo caſu non euictionis nomine, ſed vi actionis ex empto, id eſt officio iudicis cui locus eſt in huiuſmodi actione quia bonæ fidei eſt. *l. ex empto* 11. *l. qui per colluſionem* 49. *§.* 1. *D. de action. empt.* Ad officium enim pertinet iudicis, qui in cauſa actonis ex empto datus eſt, vt æſtimet quanti emptori conſtiterit puer deducta matris quæ prægnans vendita fuerat æſtimatione, vt Papinianus loquitur *in dict. l. ſi quod ex Pamphila.* Nemo enim neſcit carius diſtrahi vendique ancillam prægnantem, quàm eam quæ prægnans non ſit.

ERROR QVINTVS.

De Saluiano vtili etiam alij quàm locatori dando. Ad l. 1. C. de Saluian. interd.

QVEMADMODVM interpretes noſtri Saluianum vtile introduxerunt quo poſſit locator experiri etiam contra extraneum tertium poſſeſſorem contra quem videbant non poſſe directum competere, quod non competit niſi aduerſus conductorem *ex l.* 1. *C. de precar. & Saluian. interdict.* Ita & aliam vtilis interdicti ſpeciem commenti ſunt per quam fiat, vt cùm directum non poſſit alij competere quàm locatori, vtile tamen proponi poſſit à creditore quolibet etiam ex alia cauſa quàm locationis, qui modò res debitoris ſui habeat obligatas, ex quo efficiunt vt interdictum hoc Saluianum, quod non niſi pro locatoribus aduerſus conductores comparatum fuit, exerceri poſſit à quolibet creditore contra debitorem quemlibet, credo vt ex duplici genere interdicti vtilis conflent vnum quod ſit longè vtiliſſimum, & cuius vſum hodie in praxi maximè apud Italos frequentiſſimum eſſe conſtat. Fuit tamen veterum ferè omnium contraria ſententia. Interdictum Saluianum ſiue directum, ſiue vtile non alij vel competere vel dari poſſe quàm locatori, idque ſenſerunt etiam plerique ex ijs qui non dubitarunt affirmare, dandum eſſe interdictum vtile locatori aduerſus quemlibet poſſeſſorem. Nam cùm putarent probari eam ſententiam à Iuliano *in l. 1. in princip. & §.* 1. *D. eod. tit. de Saluian. interd.* nec poſſent videre quid ad eos iuris locos reſponderi poſſet, coacti ſunt propemodum inuiti contra iuris rationem id admittere, quod alioqui non admiſiſſent, vt poſſeſſor quilibet etiam qui conductor non ſit, ſi modò rem obligatam poſſideat, interdicto vtili teneatur, neque magnam in eo fieri iniuriam poſſeſſori exiſtimarunt, quandoquidem perinde is Seruiana vel quaſi Seruiana & hypothecaria conueniretur. At verò vtid interdictum etiam alij quàm locatori detur, id eſt creditori cuilibet & qui conductor ſit ex alia cauſa quàm conductionis, auſi

non ſunt dicere quia nullo iuris loco ita ſcriptum & proditum inuenerunt: quin è contrario nuſquam fieri mentionem Saluiani interdicti, quin locatoris & conductoris, rerúmque mentio fiat. Excipio reſcriptum Gordiani quod extat *in d.l.1. C.de precar. & Saluian.interd.* cuius prima illa verba *debitor tuus* & quæ ſequuntur, *id enim tantummodò aduerſus conductorem debitorémve competit* præſeferunt tractare Imperatorem non de illo tantùm qui ſit conductor & debitor ex cauſa conductionis, ſed de ſimplici debitore, id eſt de debitore quolibet, & ex quacunque cauſa. Atque ita Bartolus locum illum interpretatus eſt, & quotquot ſententiam eius ſecuti dant vtile Saluianum cuilibet creditori; inter quos pudet pigétque nominare Iacobum Cuiacium, qui etiam ſententias Pauli *lib.5.titu. de interdict.§.vlt.* ſic nominatim ſcripſit. Hoc verò ſi ita eſt vt ea fuerit Imperatoris Gordiani ſententia quam iſti putant, verbáq; uſupradicta de ſimplici ac quolibet debitore accipi debeãt, illud primùm ac magis miror, cur de vtili tantùm interdicto loquantur, nec directum ipſum accommodent perinde audenter cuilibet creditori, cùm interpretes omnes conſentiant de ſolo directo agere Gordianum *in d.l.1.* ne alioqui cogantur fateri quod omnes negant, etiam vtile interdictum locatori denegandum eſſe aduerſus extraneum poſſeſſorem. Neque ſanè verbum *competit* quo vſus eſt Gordianus, aliam interpretationem admittit: nam ſiue de actionibus, ſiue de interdictis loquamur, cùm actiones aut interdicta competere dicimus ſemper de directis intelligimus. Vtiles enim actiones, & vtilia interdicta dari dicuntur, vel reddi, non competere, quamuis etiam directæ actiones, directáque interdicta dentur & reddantur *dict. l.1. in princip.& §.1. D.de Saluian.interd.* Ergo cùm reſcribat Gordianus interdictum Saluianum aduerſus conductorem debitorémve competere, fatendum erit Imperatoris eam eſſe ſententiam, vt tam aduerſus debitorem quemlibet, quàm aduerſus conductorem Saluianum directum competat, non vtile. Et verò cùm loquatur Gordianus de conductore, & debitore ſimul & in eadem clauſula, neceſſe eſt fieri eam interpretationem per quam verbum illud *competit* vniformiter determinet, quod de vtroque dicitur, cùm non minùs ad debitorem quàm ad conductorem referatur, id enim facit quod vulgò iactatur brocardicum de vniformi determinatione ex *l. iam hoc iure 4.ff.de vulg.& pupill.ſubſt.* cuius brocardici magna eſt ac præcipua inter noſtros authoritas. Atqui nemo dubitat quin Saluianum directum competat locatori aduerſus conductorem: alioqui contra quem competeret? Ergo & contra debitorem quemlibet æquè directum competet ſi eadem hac parte ratio eſt cuiuſlibet debitoris, quæ conductoris. Et tamen nemo hucuſque dixit directum eſſe interdictum, quod iſti accommodant locatori, ſed omnes clamant eſſe vtile. Fateantur ergo neceſſe eſt, non eam eſſe potuiſſe Gordiani mentem, vt reſcripſerit Saluianum quod competit aduerſus conductorem etiam competere contra ſimplicem debitorem. Planè quod adfert Bartolus ex poſtremis illis verbis *d.l.1. vel quæ ad exemplum eius inſtituitur* ad rem prorſus non pertinet. Nec enim de interdicto ea verba ſunt, ſed de actione eáque vtili, quæ inſtituitur ad exemplum non interdicti Saluiani, ſed actionis Seruianæ directæ, id eſt de vtili Seruiana, quæ & hypothecaria appellatur, vt & Accurſius & poſt Accurſium cæteri benè explicarunt. Nam de vtilibus actionibus quæ ad exemplum interdictorum, inque locum eorum ſubſtitutæ hodie ſunt, non potuit Gordianus

dianus reſcribere, cùm eo tempore nondum eſſent extraordinaria iudicia omnia, vt ſunt hodie §. *vlt. Inſt. de interd.* nec tam redderentur vtiles actiones ad exemplum interdictorum, quàm interdicta ad exemplum extraordinariorum iudiciorum, vt ait *l. 3. C. eod.* Multò itaque melius noſter Accurſius hæc verba *aduerſus conductorem debitorémve* interpretatur de eo qui ſit conductor idémque debitor ex cauſa conductionis, acſi ſcriptum eſſet *aduerſus conductorem, eundémque debitorem ex cauſa conductionis.* Vt enim Saluianum competat, non ſufficit eum contra quem proponitur eſſe conductorem ſi non ſit etiam debitor, nec rurſus eſſe debitorem ſi non ſit etiam conductor: quod Gordianus expreſſit vſurpato articulo *ve* qui diſiunctionis articulus eſt, non tam diſiunctiuè quàm expoſitiuè, quomodo & particulam ipſam *vel* interdum accipi non eſt nouum. Quamquam parùm accommodatè adferunt exemplum *ex l. 2. D. ad leg. Aquil.* in illis verbis *quadrupedem vel pecudem*, quaſi ſcriptum ſit in lege Aquilia *quadrupedem, id eſt pecudem*, quod non ita eſt. Facta enim quadrupedis mentione fuit neceſſe ſubiici etiam mentionem pecudis: cuius appellatio latiùs patet quàm quadrupedis. Omnes enim quadrupedes pecudes ſunt, At non contrà omnes pecudes quadrupedes. Quòd ſi eadem loquendi ratio vſurpata eſſet à Gordiano *in d. l.* 1. æquè fatendum eſſet competere Saluianum contra debitorem quemlibet æquè ac contra conductorem, quemadmodum lex Aquilia non minùs locuta eſt de pecude qualibet, quàm de quadrupede. Nam perinde verum eſt omnem qui ex cauſa conductionis debeat eſſe debitorem, at non omnem debitorem debere ex cauſa conductionis: Neque alia capi poſſet interpretatio etiamſi Gordianus ſcripſiſſet *conductorem debitorémque.* Similiter enim dicerem de eo debitore id accipiendum qui conductor quoque eſſet, adiectámque mentionem debitoris, vt ſignificaret non teneri quem poſſe Saluiano tam ob id ſolùm quòd ſit conductor, quàm ob id maximè quòd ſit debitor ex conductione. Sublato ſiquidem debito, pignoris quoque conuentionem euaneſcere neceſſe eſt, qua ſublata nec Saluianum quod non niſi ex pacto pignoris proficiſcitur ſupereſſe poteſt. Denique & coniuncta pro diſiunctis frequentiſſimè accipiuntur, & diſiuncta pro coniunctis, & tam hæc quàm illa pro expoſitiuis vtique ſecundum ſubiectam materiam, ita vt non poſſit certa de eo tradi regula, vt conſtat ex *l. ſæpe* 53. *D. de verb. ſignific. l. pen. C. eod.* Niſi fortaſſis illa quæ nullas vnquam patitur exceptiones, quod ea ſemper capienda ſit interpretatio quæ vicio careat *l. in ambigua* 19. *D. de legib.* id eſt per quam ſupponantur ſemper termini habiles, & abſurdum, quantum fieri poteſt euitetur. Secundum quod in propoſito tractatu dicendum eſt, Imperatorem *in d. l.* 1. *C. de precar.* cùm expreſſim tractet de Saluiano interdicto quod non de aliis rebus comparatum eſt quàm de rebus coloni quas is pro mercedibus fundi futuras pignori pepigiſſet §. *interdictum autem Inſt. de interd.* non de alio debitore ſentire potuiſſe quàm de eo qui conductor eſſet tametſi non modò de conductore, ſed etiam de debitore locutus ſit, ſiue coniunctim, ſiue diſiunctim ſubiecta debitoris mentio proponatur. Nec alius ſenſus eſt illorum verborum quæ initio legis ponuntur *debitor tuus*, quibus etiam mouetur Bartolus & quotquot poſt Bartolum eam legem de ſimplici & quolibet debitore intelligunt, quæ tamen noſtram interpretationem multò commodiùs admittunt.

ERROR SEXTVS.

De interdicto quasi Saluiano.

AT QVI, inquiunt, quomodo se habet vtilis Seruiana ad Seruianam directam, ita & vtile Saluianum ad directum, vt sit quasi Saluianum aliquod interdictum, sicut est actio aliqua quasi Seruiana. Sic enim Cuiacius *lib.5.Obser.cap.24.* Ergo quemadmodum quasi Seruiana datur cuilibet creditori habenti pignus aut hypothecam in bonis cuiuslibet debitoris, cùm tamen Seruiana directa non nisi de rebus coloni expressim obligatis comparata sit: ita & quasi Saluianum dandum est cuilibet creditori in res à quocunque debitore obligatas tametsi Saluianum directum non pro alio inductum sit quàm pro eo cui ex causa locationis debeatur. Sed nego ista esse similia. Maior enim fuit ratio & necessitas introducendæ vtilis Seruianæ, quàm excogitandi vtilis Saluiani contra quemlibet debitorem. Siue quòd non debeat melior esse condicio debitoris cuiuslibet quàm tertij possessoris qui etiam bona fide à debitore comparauerit, quem tamen constat per quasi Seruianam conueniri vtiliter posse, id enim non similiter de Saluiano dici potest, quod suprà probauimus contra tertium possessorem dari nullomodo posse. Siue etiam, quòd nullius vtilitatis futurum esset quasi Saluianum aduersus debitorem ipsum, si verum est quod iisdem interpretibus nostris placet creditorem agentem vtili Seruiana contra debitorem non habere probandum quòd res obligata fuerit in bonis debitoris, sed sufficere vt probet fuisse de bonis, id est possessam fuisse à debitore quomodo ex communi nostrorum sententia concludit Afflict. *decis.383.in fin.* quod tamen nos sequenti Decade refellemus. Neque est quod quis dicat Gordianum *in d. l.1. C. de precar.* ideo nihil de vtili Saluiano dicere, quia de directo tantùm tractabat. Quasi si de vtili quoque tractare voluisset, non magis fuerit ille denegaturus, quàm vtilem Seruianam de qua subiicit posse illam ad exemplum Seruianæ exerceri. Sic enim quidam ex interpretibus nostris ratiocinantur qui subtiliores videri volunt, Omnino peruersè contra quos sic nos ex aduerso longéque probabiliùs argumentamur: Quidni verò etiam de vtili Saluiano dando rescripsisset Imperator si quod dari posset siue aduersus debitorem quemlibet, siue contra tertium possessorem, quomodo etiam de vtili Seruiana locutus est, tametsi non nisi de Saluiano quæreretur? An non erat Imperatori facilius, procliuius & accommodatius dare actori vtile Saluianum qui directum postulabat, quàm vtilem Seruianam de qua nihil quærebatur? In summa hoc contendo nihil causæ subesse cur interpretibus permittamus sine lege ac sine vlla necessitate inducere quasi Saluianum vllo alio casu quàm quo inductum fuit ab ipsis authoribus iuris, hoc est in specie *l.1. in princip. D. de Saluian. interd.*

ERROR SEPTIMVS.

De Saluiano dando in res coloni nulla conuentione expressa obligatas.

Interpre-

INTERPRETES nostri quib. vix certum & exploratum quicquam est, in quod habere illi potiùs deberent pro falsone quid in hoc tractatu De Saluiano interdicto vel prætermisisse, vel ignorasse videantur, de hoc quoque dubitant, de quo sanè prudentes nostri non dubitarent, an Saluianum interdictum pro iis quoque rebus coloni competat quæ nulla expressa conuentione fuerant obligatæ. Parum vero esset quod dubitarent, si non ad propositam dubitationem male responderent: sed & priusquàm malè respondeant, incipiunt iam labi in eo, quòd quæstionem istam in hoc vno versari putant, vtrum res coloni quas in prædium conductum intulit & inuexit obligatæ sint tacitè pro mercedibus conductionis, etiamsi nulla de iis obligandis pacto intercesserit. Nam si sint obligatæ, non dubitant quin hoc ipso eorum nomine Saluianum debeat competere locatori, perinde atque competere putant pro rebus colonj quas ille in prædium vrbanum intulerit, de quibus nemo dubitat quin obligatæ sint tacitè, nulla quoque pactione interueniente, nisi quod earum nomine dant vtile duntaxat interdictum, quoniam edicti verba restricta sunt ad res coloni & ad illata in prædiũ rusticum, at pro iis rebus quas colonus in fundum conductum inuexerit, dant directum, nec quicquam causæ subesse putant, cur ad vtile implorandum vel inducendum confugere sit necesse. Omnes porrò ferè interpretes antiquiores Accursium secuti ad *§. item Seruiana Inst. de action.* in ea sunt opinione vt existiment illa etiam quæ in prædium rusticum à colono illata sunt, censeri tacitè obligata, non minùs quàm quæ in prædium vrbanum, hac sola differentia quod quæ inquilinus in prædium vrbanum intulit taciti pignoris vinculo tenentur etiamsi dominus illata esse nesciat, quæ verò colonus, non aliter quàm si ea intulerit sciente domino & ex ipsius voluntate. Cuius sententiæ probationem adferunt ex eo quod rescriptũ est ab Alexandro *in l. certi C. de loc.* isdem ferè verbis, ea quæ voluntate dominorum coloni in fundum conductum induxerint, pignoris iure dominis teneri: quando autem domus locatur non esse necessariam in rebus inductis vel illatis scientiam domini, nam ea quoque pignoris iure teneri. Adferunt etiam nonnulli quod scriptum est *in l. 2. D. in quib. caus. pign. vel hypoth. tacit. contr.* Non solùm pro pensionibus sed etsi deteriorem habitationem fecerit culpa sua inquilinus, inuecta & illata pignori esse obligata: sed valde imperitè, cùm de inquilino Martianus loquatur, inquilinus autem sit non qui fundum & prædium rusticum conduxit, sed qui vrbanum *l. res pignoris 37. D. de acquir. poss.* Itaque probat potiùs is locus non idem in colono probari posse: Alioqui cur de solo inquilino Martianus loqueretur? Eáque receptior sanè recentiorum ferè omnium opinio est, aliam esse hac parte vt & in aliis plerisque vrbanorum prædiorum causam, aliam verò rusticorum, illata in prædium vrbanum hoc ipso tacitè obligata intelligi nec tantùm pro pensione, sed etiã pro deterioratione siue illata sciat dominus prædij, siue ignoret: illata verò in prædiũ rusticum, non esse tacitè obligata, nec si dominus illata sciat, nisi conuenerit, expressa pactione vt essent obligata. Quam in rem apertissimi sunt textus, *in d. l. 2 l. eo iure 4. in princip. l. Pomponius 5. cum duab. seq. D. in quib. caus. pign. vel hypoth. tacit. contr. l. si non inducta 5. & l. vlt. C. eod. l. item quia 4. D. de pact.* Vnde est quod Iustinianus *in §. interdictum quoque Inst. de interdict.* tractans de interdicto Saluiano quod non competit nisi de rebus quas colonus in fundum con-

ductum pignoris nomine induxerit, ait non de aliis rebus illud competere quàm quas pignori futuras pepigisset, quo verbo palam est pactionem expressam significari. Et similiter Theophilus *in §. est & Seruiana de action.* cùm dat exemplum Seruianæ actionis quæ possit competere in res coloni in fundum inuectas, ponit inuectas esse cum pacto vt eæ mercedis nomine obligatæ essent. Hoc verò cur ita, si nulla etiam pactione interueniente res coloni illatæ in prædium rusticum obligatæ censerentur? Indéque est quod *in d. l. eo iure* 4. §. 1. quærit tam diligenter Neratius de stabulis quæ non sunt in continentibus ædificiis, quorum prædiorum ea numero habenda sint, rusticorúmne an vrbanorum: & quidem vrbanorum, inquit, sine dubio non sunt, cùm à cæteris ædificiis quæ vrbana sunt separata sint. Sed tamen quod ad causam huiusmodi pignoris taciti pertinet, *non multùm*, vt idem subiicit, *ab vrbanis prædiis differunt*. Quibus postremis verbis licèt non negem id significari, vt nullomodo differant, nec enim aliqua differentia aut à Neratio, aut ab alio vllo Iureconsulto hac de re vnquam tradita est, innuit tamen Neratius differentiam illam quam inter vrbana & rustica prædia interpretes omnes aliquam esse agnoscunt, non paruam esse sed magnam. An non autem parua esset ac penè nulla, si vt etiam illa quæ in fundum conductum inducta sunt taeitè obligata crederentur, solam domini scientiam interuenire sufficeret? Nam & difficile est vt nesciat dominus aliquid in fundum suum esse inductum, & quid illud sit, qui etiam videre cùm vult potest. At magna est differentia si sic explicetur, vt quæ in fundum conductum illata sunt, ita sint tacitè obligata, si pactio expressa interuenerit. Quæ verò illata sunt in prædium vrbanum, tacito pignoris vinculo teneantur, etiam si nec pactio, nec domini scientia vlla probetur.

ERROR OCTAVVS.

De sententia l. certi 5. C. de loca. l. potior 11. § si colonus D. qui potior. in pignor. hab.

NEQVE verò existimandum est aliam fuisse Imperatoris Alexandri sententiam in *d. l. certi*, vbi quod scribitur de rebus coloni in fundum conductum illatis, & inductis ex voluntate dominorum, non aliam vtique interpretationem recipere potest, quàm de rebus quæ ideò tantùm inductæ & illatæ sint, vt vel in totum mercedis debitum, vel in partem debiti essent obligatæ, quomodo scriptum est iisdem ferè verbis, sed paullò apertiùs *in d. l. Pomponius* 5. *§. 1. D. in quib. caus. pign. vel hypoth. tacit. contr.* Non quasi *voluntatis* appellatione pactio significetur, vt vult Cuiacius *ad l. 4. D. de pact.* & alij recentiores quos refert ac sequitur Iacob. Menoch. *De adipisc. poss. remed. 3. num. 43.* (nec enim pactio voluntas vnius est, sed duorum pluriúmve in eandem rem placitum & consensus *l. 1. eod.*) At vt hoc ipso intelligamus non tacitam esse posse hanc hypothecam sed expressam esse debere, Quæ enim acquiritur tacitè, acquiritur etiam ignoranti nihílque tale cogitanti, vt cernere est in ea quæ datur domino prædij vrbani in rebus per inquilinum illatis, quemadmodum subiicitur *in d. l. certi*, tantùm abest vt eo casu voluntas domini vlla requiratur

quæ plus-

Digitized by Google

quæ pluſquàm ſcientia eſt *l.1.D.ſi famil.furt.feciſſe dicet.l.2. §. voluntatem D. ſolut.matrim.* In eóque alius eorundem recentiorum error eſt, quod putant poſteriorem partem *d.l.certi*, quæ habet, quando locatur domus, non eſſe neceſſariam in rebus inductis vel illatis ſcientiam domini, ſic accipi oportere vt *ſcientiam* eo loco pro *voluntate* dixerit Imperator, quaſi id poſtulante antitheſi prioris partis, in qua non *ſcientiæ* mentio facta eſt, ſed voluntatis, quemadmodum è contrario Accurſius eadem ratione motus quod in priore parte ſcriptum eſt de voluntate explicat de ſcientia ex antitheſi poſterioris partis. Nec animaduertunt longè maiorem & elegantiorem fore antitheſim, ſi ita accipiatur vt ad obligandas domino res coloni illatas in prædium ruſticum, non ſufficiat ſcientia domini, ſed eius voluntas omnino exigatur, ad obligandas verò res inquilini, ne ſcientia quidem requiratur, triplex autem ratio adferri poteſt, cur voluntatem domini exigat Alexander, non etiam pactionem expreſſam, quam tamen neceſſariam eſſe recentiores volunt. Prima eſt, quia tam certi iuris illud erat, vt non fuerit neceſſe id exprimi accuratiùs, quod apud omnes indubitatum foret: videtúrque in eius legis ſpecie quantum ex contextu verborum coniicere licet, de rebus in prædium vrbanum illatis conſultus fuiſſe Imperator potiùs quàm de inductis & illatis in ruſticum, de quibus proinde non niſi obiter, & per occaſionem tractari debuit. Altera ratio eſt, quoniam apertum erat, nō ad alium finem poſſe domini voluntatem exigi in rebus à colono illatis, & inductis in ruſticum prædium, quàm vt pignori expreſſim obligentur. *dict. l. Pomponius §. 1.* Quid enim eget colonus voluntate locatoris vt res ſuas in prædium ruſticum inferat & inuehat, quas inferre & inuehere poteſt domino quoque non ſolùm ignorante, ſed etiam inuito & contradicente? An non enim habet iuris regula, Poſſe fieri nobis inuitis, quod fieri poteſt ignorantibus? Quapropterò frōte poſſit dominus prohibere ne res ſuas quas velit inferat, & inducat, colonus, qui prædium ipſum ruſticum alij locare etiam poſſet ſi vellet, niſi contraria lex dicta probaretur? *l.nemo 6. C. eod. tit. de locat.* Sed tertia omniúmque aptiſſima ratio afferri ea poteſt, quòd tum quoque cùm expreſſa pactione conuenit, vt inducta & illata per colonum in prædium ruſticum pignoris iure teneantur, non ideò tamen exinde obligantur ea quæ poſt inducuntur & inferuntur, ſed ex die illationis tantùm & inductionis, nec tam quòd de iis obligandis conuenerit, quàm quòd inducta ſint, & illata, vt eleganter Caius ſcribit *in l.potior 11.§.ſi colonus D.qui potior.in pignor. hab.* vbi ait, ſi colonus conuenerit vt inducta in fundum, illata, & ibi nata pignori eſſent, & antequàm inducat alij rem hypothecæ nomine, id eſt citra traditionem quæ in pignore propriè contrahendo neceſſaria eſſet, obligauerit, tunc deinde illam ipſam rem in fundum induxerit, potiorem fore illum qui ſpecialiter purè acceperit: quia, inquit, non ex conuentione priori obligantur, ſed ex eo quod inducta res eſt, quod ipſum poſteriùs factum eſt. Hoc vult dicere, quoties inter dominum & colonum expreſſim conuenit vt obligata ſint omnia quæcumque in prædium ruſticum inducentur, & inferentur, eam eſſe conuentionis huius poteſtatem vt pignoris obligatio contrahatur quæ ſit non tantùm generalis, ſed etiam concepta ſub ea veluti condicione, Si quæ res in prædium ruſticum inferentur, vt ſolet pronomen relatiuum iunctum verbo futuri temporis facere condicionem *l. Stichum qui meus erit 6.de legat. 1. l. ſcribit 34. §. vltim. de aur. & argent. legat.* Proinde quandiu

Digitized by Google

nihil inductum illatúmve eſt, nullam quoque obligationem contractam intelligi, quaſi deficiente conditione, cúmque in arbitrio & poteſtate coloni ſit vt nihil inferat ni velit, fatendum eſt etiamſi poſtea inferre malit, non tamen ex die pacti contractam obligationem intelligi, ſed tantùm ex die illationis & conſequenter anteriorem ideóque potiorem eſſe debere illum, cui medio tempore aliquid ex bonis poſtea inductis & illatis pignori datum fuit, cùm poteſtatiua, vt loquuntur, & promiſcua conditio nunquam retrotrahatur in præiudicium iuris alteri medio tempore quæſiti *d. l potior in princ. & l. 1. eod. tit. Qui potior in pignor. hab.* Nec enim pactum de obligandis illatis inducit neceſſitatem vllam inferendi. Propter quam cauſam ſolet pactum hoc in futurum tempus referri, vt omnium apertiſſimè verba illa Iuſtiniani demonſtrant in *d. §. interdictum quoque fin. de interd. de rebus coloni quas is pro mercedibus fundi pignori futuras pepigiſſet.* Obligationem ergo & vinculum pignoris in rebus illatis parit illatio, non pactio, ſed tamen nec aliter ipſa illatio quàm ſi priùs de pignore per pactum expreſſum conuenerit, ſcilicet cùm pactum de rebus coloni quæ inferentur generaliter obligandis conceptum eſt, non ad hanc aut illam rem ſpecialiter relatum, vt is ipſe ſupradictus Caij locus demonſtrat *in d. l. potior 11. §. ſi colonus D. qui potior. in pign. hab.* Itaque neceſſaria eſt voluntas domini eiuſdémque locatoris, an ad hoc vt res coloni in prædium ruſticum inducantur & inferantur? Minimè, ſed ad hoc vt iure pignoris teneantur. At quid velle oportet locatorem ad contrahendam iſtiuſmodi pignoris obligationem? An illud ipſum quod modo diximus, vt in prædium ruſticum inducantur, & inferantur res coloni? Minimè. Nec enim ſola illa voluntas pro pactione eſſe poſſet: ſed vt inducantur & inferantur ad eum finem vt ſint pignori obligatæ: id eſt quomodo prudentes noſtri loqui ſolent, vt inferantur pignoris nomine. Quod vtique fieri interdum poteſt etiamſi recentiores non obſeruent citra expreſſam pactionem, conductore ſolo eam ſuam voluntatem verbis declarante, locatore verò ſciente quidem & ita volente, nec aliter locaturo, ſed tamen tacente. Quo caſu pactum quidem ea de re inter locatorem & conductorem interueniſſe intelligitur, ſed tacitum magis quàm expreſſum, ſicut & è contrario, ſi quis fundum ſuum locaturus publicè proſcripſerit & admonuerit non aliter velle ſe ſuum fundum locare quàm ſi omnia quæ in eum inducentur & inferentur pignoris vinculo teneantur pro mercedibus conductionis. Sufficiet enim colonum qui priſtinum ad conductionem accellerit res ſuas in eum fundum intuliſſe, licet nihil de iis obligandis expreſſim conuenerit, tanquam qui ad conditionem e lege propoſita oblatam vltrò acceſſerit, nec pactione vti in contrarium ſibi proſpexerit, quæ res pactum tacitum inducere vtique poteſt, at expreſſum non poteſt. Ergo vt Alexandri verba exponamus aperte is, quod lex ait, *ex voluntate domini* ita ſic accipiendum eſt acti ſcriptam illat *domini ita* ſe *rebus*: ita inquam, id eſt, non tantùm vt res coloni in præ ſum ruſticum inferantur, ſed etiam quod præcipuum eſt, vt in eam pignoris cauſam inferantur, & ad hoc vt ſint pignori. Quod cùm ita ſit, æquè Accarij, & veterum ſententia recipi poteſt, qui ſolam domini ſcientiam ſufficere arbitrati ſunt, neque recentiorum opinio admitti, qui expreſſum pactum exigũt quod tacitum inter locatorem & conductorẽ de inductis & illatis omnibus obligandis, ſed media interpretatio ſequenda eſt vt voluntas & neceſſaria ſit, & ſufficiat locatoris, non aliter fundum ſuum locatur:

turi: Voluntas autem non quæ permittat conductori res suas in fundum inferre, sed quæ iubeat inferre quicquid inferendum putabit, ea mente & eo fine, vt quod erit illatum, & inductum sit pignori. Ea porrò voluntas sicuti plus quàm scientia est, quia & consensum inducit & legem locationi dicit, quæ pars quædam locationis est, ita minùs quidpiam est quàm pactum expressum, sufficiente quippe tacito, quod partim verbis ex parte locatoris, partim facto ipso ex parte conductoris res suas ea mente inferentis aut contrà, constituatur. Quare nec satis esset voluntatem talem esse locatoris, nisi eam conductori significatam esse constaret. Denique pactum in hanc rem necessarium est at non expressum præcisè sed vel expressum vel tacitum. Sola igitur scientia illatarum rerum non sufficeret, quia neque expressi, neque taciti pacti iure censeri posset, cùm ex ea scientia voluntas constituendi pignoris inferri nullo modo queat. Dices, quid ergo distabit hac parte inter prædium vrbanum & rusticum? Nam & quæ in prædium vrbanum inuecta & illata sunt, non alia de causa pignoris vinculo tenentur, quàm quia de pignore tacitè conuenisse videatur *d.l.4.ff.de pact.d.l.colonus 4.l.licet 6.ff.in quib.caus.pign.vel hypoth.tacit.contr.* Hoc enim est quod recentiores omnes fefellit, vt differentiam hanc quam negari non posse viderunt, aliter tamen explicare non potuerint, quàm vt dicerent ad obligandas res coloni necessarium esse pactum expressum. Sed obseruare debuerunt, etiam admissa nostra interpretatione manere differentiam illam, quòd in rusticis prædijs exigimus vt reuera interuenerit pactum aliquod si non expressum, saltem tacitum de obligandis rebus coloni inuectis & illatis: nec habetur hoc pro tacite conuento ipso iure. At in prædiis vrbanis videtur hoc tacitè conuenisse etiamsi reuera neque expressè, neque tacitè conuenerit: adeóque quod magis mirum est, etiamsi quis ab alio quàm à domino ipso conduxerit, putà si à cenacularío & conductore subconduxerit, vt in specie *l.solutum 11. §.solutam in fin.D. de pignor.act.& l.si in lege 24.§.si colonus D.locat.* Nam cùm ne quidem scientia locatoris necessaria sit, quis dicat aut expressè aut tacitè conuenisse videri cum, qui ignorauit? Siquidem etiam pacta tacita consensum exigunt vtriusque pacisscentium qui si non ex verbis, saltem ex facto aliquo inducatur: Factum autem nullam voluntatis coniecturam præbere potest quin saltem scientia supponatur, cùm ignorantis nullus sit consensus, vt neque errantis, ob hoc ipsum scilicet, quòd omnis error habeat ignorantiam *l.si per errorem 15.D.de iurisd.* Ideóque nimirum in locatione prædiorum rusticorum scientiam dominorum exigimus, nec tantùm scientiam, verùm etiam voluntatem & quidem expressam aut saltem probatam, quæ non valdè quidem, sed aliquatenus tamen differet à pacto expresso.

ERROR NONVS.

De ratione differentiæ inter vrbana prædia & rustica in iure tacitæ hypothecæ.

VT difficilius illud est, vnde hæc vrbanorum & rusticorum prædiorum differentia manauerit. Non enim probare possum quod supradicto loco tradit Cuiacius, sumendam esse rationem huius differentiæ ex

Digitized by Google

moribus populi Romani, quòd ſolerent in prædiis ruſticis nata pro mercede obligari *l.ſi ſeruus* 61. *§.locaui D.de furt.* In vrbanis verò inuecta: quaſi id quod erat in more poſitum, vt aliàs ſæpe, in ius paullatim tranſierit, & pro dicto habitum ſit ſicubi dictum non eſſet, præſertim cùm ea quæ ſunt, moris & conſuetudinis, vt alij addunt, ſoleant venire in iudiciis bonæ fidei *l. quòd ſi nolit* 31. *§.quia aſſidua D.de ædilit.edict.* Nam ſi bona eſſet ratio, nullam conſtitui oporteret inter prædia vrbana & ruſtica differentiam, cùm etiam in ruſticorum conductione eadem pactio de inuectis obligandis interponi olim ſoleret, vt conſtat *ex d.§.locaui & ex d.l.potior* 11. *§.ſi colonus D. qui potior in pignor. hab.* Nec rurſum placere poteſt quod quidam poſt Accurſium tradiderunt in ruſticum prædium vix alia inuehi ſolere vel induci, quàm quæ ad culturam agri pertineant, cuius generis bona difficiliùs oppigneran-tur *l.7.l.pignorum* 8. *cum Auth.ſeq.C.quæ res pignor.oblig.poſſ.* Quid enim vetat alias etiam res in prædium ruſticum induci? Aut quis poteſt huic quæſtioni locus eſſe niſi earum rerum nomine quæ pignori dari poſſint, ſiue de vrbani, ſiue de ruſtici prædij conductione tractetur? Illa igitur plauſibilior pleriſque viſa ratio eſt, quòd in ruſticis prædijs conſultum ſatis eſſe poſſit locatori per obligationem tacitam fructuum ex ijſdem perceptorum, quos placuit tacitè obligatos eſſe pro mercedibus, etiamſi de ijs obligandis nihil nominatim conuenerit *l.in prædus* 7. *D.quib.cauſ.pign.vel hypoth.tacit.contr.l.3.Cod.eod.* At locatori prędij vrbani qui non ſibi cauit expreſſim de pignore nō aliter conſultum eſſe poteſt per retentionem, ne per actionem in perſonam quæ multò incommodior eſt litigandum habeat, quàm ſi tacitum pignus in rebus inuectis & illatis conſtituatur, cùm prædiorum vrbanorum fructus non alius ſit, quàm qui per habitationem ab inhabitante ſic percipitur vt poſt perceptionem nuſquam appareat, vnde eſt quod non in ſingulos annos percipi dicitur, vt fructus ruſticorum prædiorum, ſed in ſingulos dies, adeóque in horas penè ſingulas *l.item quæritur* 13. *§. vltim. D. locat.* De quo tamen plura ſcripſimus *in Error.t. Decad.1.* Ex quo apparet pactum hoc quod tacitè interuenisſe creditur locatis vrbanis prædijs, tametſi reuera neque expreſſè, neque tacitè interuenerit; non tam tacitum propriè dici debere quàm præſumptum & à lege ſubintellectum: exemplo eius, quod alibi ſcripſimus poſt Antonium Goueanum, Pupillarem illam quæ ex D. Marci conſtitutione in vulgari expreſſa continetur non tam tacitam dici debere quàm à lege ſubintellectam, cùm neque verbis exprimatur, neque ex eo quod expreſſum eſt inducatur, ſed ex ſola conſtitutionis poteſtate *l.iam hoc iure* 4. *D.de vulg.& pup. ſubſt.* Nam cùm ne quidem ſcientia locatoris neceſſaria ſit, vt ſuprà argumentati ſumus & probauimus tam ex *d.l.certi* 5 *C.de locat.quàm ex l.ſolutum* 11. *§ ſolutam in fin.D.de pignor.act.* & *d.l.* 24. *§.ſi colonus D.locat.* quomodo poteſt videri tacitè pactus locator qui ignorauit? Eſt igitur hoc merum priuilegium à iure datum, id eſt, quod à iure magis quàm à contrahentium pacto, ſiue expreſſo, ſiue tacito proficiſcitur. Eiuſque rei non obſcurum at elegans argumentum præbet quod olim hoc ius in ſola vrbe Roma vtrâque tamen & in vtriuſque territorio obtinebat vſque ad Iuſtiniani tempora, qui primus conſtituit *in d.l.vlt.C.in quib.cauſ.pign.vel hypoth.tacit.contr.* vt non tantùm in vtraque Roma, id eſt in vetere Roma, & Conſtantinopoli quę etiam Roma dicta fuit, & earum territorio ius hoc obtineret, ſed etiam in prouinciis, in quibus ergo antea non obtinebat. Quidni enim vbique gentium eodem iure locatores

Digitized by Google

tores omnes vterentur, si hoc ius ex contrahentium, siue expressa, siue tacita conuentione descenderet? An non iuris gentium sunt conuentiones omnes quæ ex consensu, siue expresso, siue tacito proficiscuntur? *l.1.§.vlt. D. de contr. empt. l.1. D. locat.* Quæ verò sunt iuris gentium an non gentibus omnibus communia sunt nec propria vrbis Romæ *l. omnes populi 9. D. de iustit. & iur.* Sed & nomen ipsum vrbanorum prædiorum ita rem esse demonstrat vt non alibi quàm Romæ ius hoc fuerit olim obseruatum. Nec enim vrbana prædia alia dici possunt quàm quæ sunt in vrbe, nec rursus vrbis appellatio si cum prudentibus nostris loquamur, alij quàm Romæ conuenire, quæ & hodie sola per antonomasiam nec immeritò vrbs appellatur.

ERROR DECIMVS.

De sententia l. vlt. C. in quib. caus. pign. vel hypoth. tacit. contr.

ILLVD verò in Iustiniani constitutione potissimùm obseruatione dignum est, quod tamen nemo hactenus obseruauit, quod ad finem legis ita scribit *Tali enim iusta præsumptione etiam omnes nostros prouinciales perpotiri desideramus.* Vt significet illud ipsum quod nos dicimus, pactum hoc quod tacitè interuenisse creditur de inductis illatísque in prædium vrbanum obligandis, neque expressum, neque tacitum propriè dici debere, sed præsumptum, quia ius præsumit illud interuenisse, idque non interpretando sed supplendo: nec probationes tantùm supplendo, vt in aliis præsumptionibus euenit quas ideò vel iuris solummodò, vel iuris & de iure appellamus, sed supplendo factum ipsum, & repræsentando, vt & aliis quibusdam casibus euenit *l. vlt. C. si mancip. ita fuer. alien. l. vlt. & tot. tit. D. qui sine manumiss. ad libert. peruen.* Maximè verò cùm agitur de inducendo iure tacitæ hypothecæ, vt pro pupillo *l. pro officio 20. C. de admin. tutor. aut pro fisco l. auffertur 46. §. fiscus. D. de iur. fisc.* aut pro pecunia credita ob restitutionem ædificij *l.1. ff. in quib. caus. pign.* aut tacitæ etiam stipulationis pro dote *l. vnic. C. de rei vxor. act.* His enim omnibus casibus lex supplet pactum hypothecæ adeóque quod magis mirum est, stipulationem ipsam, non vt quæ tacitè interuenerit, sed vt interuenisse fingatur. Denique ius hoc tacitæ hypothecæ, quod locatoribus prædiorum vrbanorum datur in rebus inductis & illatis, non tam ex facto aliquo vt cætera pacta omnia tacita, quale illud præsertim de quo *in l.3. C. in quib. caus. pign.* quàm ex iuris potestate inducitur, vt omnium aptissimè, ac elegantissimè probat textus Vlpiani *in d. §. solutam in fin. & d. l.24. §. si colonus locat.* Ob idque non benè dixerit qui pactum illud quod in eam rem interuenisse creditur & fingitur, tacitum appellauerit, sed is demùm qui vel præsumptum simpliciter, vel saltem tacitum præsumptum. Omne pactum præsumptum tacitum est, sed non vicissim tacitum omne præsumptum, quia præsumptum taciti species est, non tacitum, præsumpti. Nec possum probare interpretationem Accursij, qui quod Iustinianus ait *tali iusta præsumptione* sic explicat acsi scriptum esset *tali statuto & ordinatione.* Aliud enim est dicere *iustam præsumptionem*, id est quæ sit iuris & ex iure, aliud verò est dicere *statutum iuris & ordinationem* quæ huiusmodi præsumptio-

nem inducat. Placet tamen quod annotatiuncula ista subindicat non dubitasse Accursium, quin ex lege aliqua ius hoc profectum esset. Quamquam credibile est fuisse moribus primùm populi Romani comparatum, potiùs quàm lege aliqua vel alio iure scripto: At non tam ob frequentes eiusmodi pactiones, vt vult Cuiacius, nec tam vt ciuibus potissimum Romanis consuleretur aduersus inopiam inquilinorum & cenacullariorum quibus plerumque nihil erat nisi lumen vnicum & curta supellex, ita vt ijs mortuis quærendum esset an ex illatarum rerum precio sepeliri deberent vt *in l. & si quis* 14. *§. 1. D. de religios. & sumpt. funer.* Quàm vt hoc veluti priuilegio vrbana ædificia decorarentur, quo magis ad ornandam & amplificandam ædificiis vrbem ciues inuitarentur. Alioqui si sola pactionum illatarum frequentia aut inquilinorum inopia ius hoc induxisset, neque separanda fuissent vrbana prædia à rusticis in quibus eadem conuentio frequentabatur, vt iam probauimus ex *d. l. si seruus* 61 *§. Iuuani de furt.* ob parem inopiam colonorum *d. l. & si quis §. 1.* neq; vrbs Roma à cæteris ciuitatibus, in quibus credibile est nō minùs prouidos, cautósque fuisse locatores, vt indemnitati suæ prospicerent, quàm eos, qui prædia in vrbe habebant. Indéque rursum apparet similiter non illam huius iuris rationem adferri posse, quam nos tamen omnium earum quæ adferuntur, probabilissimam esse diximus, quod in vrbanis prædiis nihil aliud sit in quo ius hoc tacitæ hypothecæ constitui possit, præterquàm in iis quæ inducuntur & inferuntur. Nam si ratio hæc bona esset, æquè debuerat ius illud induci pro locatoribus alibi quàm Romæ prædia sua habentibus, quibus nec ob id magis cautum est, nec eo minùs cautum esse deberet. At bona posset esse ratio si quæreremus, Cur non idem priuilegium ciuibus Romanis & habitatoribus vtriusque Romæ datum sit pro mercedibus rusticorum prædiorum. Dici enim potest minùs necessarium hoc ius fuisse in locationibus prædiorum rusticorum quod aliunde satis consultum esse posset indemnitati locatorum, data ipsis tacita hypotheca, & quidem vbique gentium, in fructibus qui ex eo fundo perciperentur: Verior tamen meo iudicio illa ratio est quæ superioribus omnino sit consequens. Quòd cùm hoc priuilegium non tam locatoribus & dominis prædiorum vrbanorum, quàm prædiis vrbanis adeóque vrbi ipsi Romæ ab initio datum esset, vt ædificiorum & numero, & magnitudine vrbs claresceret, non potuerunt nec debuit ad prædia rustica extendi, quorum scilicet ornatus præcipuus consistat in fructibus, fructus autem, eorumque commoda non tam ad vrbis & reipublicæ, quàm ad priuati cuiusque domini vtilitatem spectent. Itaque quod ad locationem prædiorum rusticorum attineret, nulla erat olim differentia inter ea prædia quæ à ciuibus Romæ habitantibus prope vrbem possidebantur, & ea quæ à prouincialibus in prouinciis, cùm essent omnia æquè rustica, nulla verò vrbana, præterquàm quæ in vrbe: nisi quòd ad eorum exemplum vrbana appellamus etiam illa quæ sunt in oppidis *l. vrbana prædia* 198. *de verb. significat.* at non quantum ad hoc priuilegium tacitæ hypothecæ vt constat ex *d. l. vlt.* sed quantum ad cætera, puta ad constituendas seruitutes vrbanorum prædiorum, quas placuit etiam in ædificiis quæ ruri, & in villa sint, constitui posse *l. 1. D. commun. præd.* Ex his portò intelligimus, quàm improbabilis sit Accursij veterúmque ferè omnium illa sententia, quæ nihil nisi domini scientiam exigit vt coloni bona in prædium rusticum illata pignori teneantur pro mercedibus fundi. Nam si voluntas domini necessaria est ad acquirendum

ius ta-

Digitized by Google

ius tacitæ hypothecæ in rebus illatis etiam in prædium vrbanum quod situ sit in oppidis, & vbicúque extra vrbem inspecto nimirum eo iure quod obtinuit ante nouam Iustiniani constitutionem *in d. l. vlt.* quantò magis erit necessaria ad obligandas eas res quæ in rusticum prædium inductæ sint & illatæ? Cùm igitur nullomodo sint obligatæ, si non voluntas aliqua domini aut expressa, aut saltem tacita interuenerit, quæ probetur, (nullus siquidem hoc casu præsumptioni & fictioni locus est, nec vnquam fuit) non potest verum esse quod pragmatici post interpretes volunt, Saluianum interdictum pro iis rebus cõpetere posse locatori, cùm nõ aliter competat, quàm si pactũ præcesserit de rebus illis obligandis, vt à nobis disputatum est Decade præcedente *ex d. §. interdictum quoque Inst. de interd.* Adeò vt nec si voluntas domini probetur debeat ea res sufficere ad Saluianum, quamuis posset sufficere ad Seruianam exercendam *d. l. certi 5. C. de locat.* Proinde aliud est quærere, an res coloni in prædium rusticum inductæ & illatæ, hoc ipso censeantur tacitè obligatæ locatori: aliud verò quærere, an earum nomine competat Saluianum, quippe quod sicuti datur faciliùs quàm Seruiana ex qua parte datur pro rebus omnibus illatis, etiam quarum dominus nec pacti nec illationis tempore colonus fuisse probetur quia in hoc interdicto non quæritur de iure pignoris vt in Seruiana, sed de sola rerum illatarum possessione adipiscenda, ita datur difficilius ex qua parte Seruiana contenta est probatione adeóque iusta præsumptione cuiuslibet pignoris etiam taciti: Saluianum verò exigit præcedens pactũ, & quidé expressum, ac proinde omnimodo, omníque casu probãdũ. Quod ex iis etiã quę proximo capite dicemus apertiùs intelligetur.

ANTONII FABRI I.C. SEBVSIANI, SENATORIS SABAVDIENSIS, ET IN GEBENNENSIS DVCATVS AVDITORIO PRAESIDIS

DE ERROR. PRAGMAT. ET INTERPR. IVR. *DECAS LXI.*

ERROR PRIMVS.

De Saluiano vtili dando pro rebus inquilini illatis in prædium vrbanum.

NON dubitant interpretes, quin res inquilini quas ille in prędium vrbanum induxerit vel intulerit, obligatæ sint tacitè pro pensionibus conductionis: quoniam ita disertè scriptum est plerisque iuris nostri locis quos proxima Decade citauimus, maximè verò

in l.4 D.de pact l.2.3 4 5.6.7.D.in quib.caus.pign.vel hypoth.tacit. contr.l.5. & vlt. C.eod.l.certi 5.C.de locat. Sed dubitant tamen an earum rerum nomine possit locatori competere Saluianum,quamuis non negent competere Seruianam. Dubitãdi verò causam ex eo sumunt, quòd certum sit Edictum Prætoris, de interdicto Saluiano factum,non nisi de colono, & rebus coloni locutũ fuisse *§.interdictum quoque Inst.de interd.l.1.& tot.tit. D. de Salvian.interd.* Verùm hæc res facit duntaxat,si plerisque interpretibus credimus,vt directum interdictũ locatori prædij vrbani competere nequeat, non etiam vt vtile quoque ipsi denegandum sit.Ita namque Bart.Bald. Salicet.*ad l.1. C. eod.* & alij quos refert ac sequitur Iacob.Menoch. *in Remed.3. De adipisc. poss. num.* 51.Quorum omnium ratio qua mouentur, vna illa est,quòd licèt verba interdicti sint tãtùm de rebus illatis & inuectis in prædium rusticũ vt omnes fatentur, tamen interdicti mens conuenit huic etiá casui cùm prædium vrbanum locatur, & in illud res inuehũtur:quod vnũ inspiciendũ est cùm quæritur an vtilis actio, aut vtile interdictum reddi debeat ex not.per Glos.Bart. Alex.& cæteros,*ad l.curatoris C.de negot.gest.* Addit Menoch.*num.*52. Etsi verba interdicti verè non sunt de prædio vrbano, maiorem tamen esse rationem vt illata, inuectáque in prędium vrbanum sint obligata. Cùm præcipuè ob vrbani prædij locationem tacita illa hypotheca sit inducta,& per consequens,inquit,*interdictum* hocSaluianum sit introductum.Ex veteribus tamen contrà senserunt Azo,Accurs.Petr.de bell.Pertic.& Cyn.*in d.l. certi in vris C.de locat.* non magis vtile quàm directum interdictum posse competere locatori vrbani prædij, sed noua ratione,& quam facilè confutant contrariæ opinionis assertores: Aiunt enim veteres illi,quos proximè nominauimus, ea quæ illata & inuecta sunt in prędium vrbanum possideri à locatore,qui & domum ipsam possidet:Hoc verò interdictum cùm sit adipiscendæ possessionis non dari iam possidenti *d.§.interdictum quoque*,vt verò probent inuecta & illata in prædiũ vrbanum possideri à locatore,adferunt argumentum ex Vlpiano *in l.solutam* 11.*§.solutam D.de pignor.act.* vbi ait ille dari pignoratitiam conductori etiam pro rebus illatis & inuectis in prædium vrbanum,nam pignoratitia,inquit, non datur nisi pignoris traditio præcesserit, & consequenter translatio possessionis *l.qui pignoris* 36.*D.de acquir.poss. l. cùm notissimi §.1. C. de præscript.*30. *vel* 40.*annor.* Rem enim necesse est interuenire vt pignoratitia possit competere,quippe quæ nõ datur nisi ad restitutionẽ *§.vlt.Instit. quib.mod.re contr. oblig.* Sicut nec ,ppriè cõtractũ pignus dicimus nisi cùm res trãsit *ad creditorẽ l.si rẽ 9.§.propriè D.de pign.act.l.plebs est* 238.*§.pignus de verb.signific.* Atqui si ratio hæc recta esset vtiq;perinde cõueniret ac multò magis illatis à colono in prædiũ rusticũ,quàm illatis ab inquilino in prædiũ vrbanũ.Quidni.n. æquè à locatore possideantur illata in prędiũ rusticũ, si ea quę in vrbanũ illata sunt à domino possidẽtur? Loquimur siquidẽ de illatis in prędiũ rusticũ,quę fuerint pignori obligata,siue p pactũ expressum,quod recẽtiores nostri exigunt,sine per solam scientiam,vt voluit Accursius,siue per qualemqualẽ domini volũtatem,dummodò probatam,vt nos existimamus. Cúmque hoc plus sit in obligatione illatorum in prędium rusticum,quod saltem scientia domini necessaria est,quę non exigitur in obligandis iis quę in vrbanum prędium sunt illata,nulla certè causa est,cur illata in prædiũ rusticũ minùs possideri à locatore videantur quàm quę in vrbanũ.Nam vt benè Menochius argumẽtatur, fieri nullo modo potest vt locator qui ignorat quid illatũ & inuectũ sit inci

piat

piat possidere *l.3.§.Nerua D.de acquir.poss.* Ea porrò quę in prędiũ rusticũ etiã sciẽte ac volẽte domino inducta sunt, vt essent pignori, à locatore nõ possideri ex eo intelligimus quod ad eorũ possessionẽ adipiscẽdã cõparatũ est Saluianũ, cùm sit interdictum adipiscẽdę possessionis. Multò igitur minùs possideri dicẽda sunt ea quę in prędiũ vrbanũ siue sciente, siue ignorante domino inuehũtur. Nec quod pignoris vinculo teneãtur, ad rem facit. Nã si nullũ pactũ interceſſerit, quod neq; necessariũ est, nõ tã pignus illud dici debet, quàm hypotheca, cuius certũ est possessionẽ nullã trãsferri in creditorẽ, *dict. §. propriè.* Ius.n. hoc taciti pignoris sola iuris potestate inducitur, vt diximus in præcedentib. *exl.vlt.C. in quib.caus.pign.vel hypoth.tacit.contr.& ex dict. l.solutum* 11. *§. solutã D. de pignor.act.* Ius autẽ nostrũ nũquã sine facto hominis transfert possessionem *l.cùm heredes* 23. *D. de acquir. poss. §.* quæ scilicet non iuris sed facti est *l.1.§.si vir vxori eod.tit.l.denique* 19. *D.ex quib.caus.maior.* Quòd si pactum de obligandis rebus inquilini expressum interuenerit non eo minùs hypotheca dici debebit potiùs quàm pignus propriè sumptum, quoniam secuta illatio non eo animo fit vt rerum illatarum possessio in creditorem transferatur, sed tantùm vt creditori cautum sit earum inclusione ac retentione si pensio non soluetur *l.pen.D.in quib.caus.pign.vel hypoth.tacit.contr.l.cùm domini* 56. *D. locat.l. si iniurię* 20. *D.de iniur.* Et ad hunc demum casum referri debet quod de pignoratitia actione etiam pro rebus inuectis & illatis danda scriptum est *in d. §. solutam.* Nullo igitur alio casu dici potest res siue ab inquilino, siue à colono illatas possideri à locatore, qui licèt ædes suas possideat non ideò tamen possidet res illatas, quippe quæ nec sunt pars ædium, & quas conductor non pro alieno possidet, quomodo prædium à se conductum *l. pignori* 13. *D. de vsucap.* sed pro suo. Sed quamquam ratio illa qua Cynus potissimùm mouebatur falsa est, numquam tamen dubitaui quin eius sententia vera esset. Nullo enim iuris nostri loco scriptum video, competere Saluianum pro rebus inquilini, quas ipse in prædium vrbanum inuexerit. At quibus locis de Saluiano interdicto quæritur, non nisi de colono tractari, & de rebus coloni, quas is pro fundi mercedibus pignori futuras pepigisset. Maximè verò *in d. §. interdictum quoq; Inst.de interd.* qui omniũ apertissimus locus est de natura & cõdicione Saluiani interdicti: itémq; *in l.1.& 2.D.de Saluian.interd.* in quibus tametsi pleræq; species proponantur ad Saluianum interdictum pertinentes, omnes tamen sunt de colono, nulla penitus de inquilino, ex quo apparet nõ modò verum illud esse quod omnes fatentur, edicti verba quibus interdictũ illud propositũ fuit de colono tantùm, déque coloni rebus fuisse, sed & Prætoris mentem illã extitisse vt colonis solis faueret, non etiam inquilinis. Alioqui cur non generaliter de conductoribus omnibus prædiorũ & vrbanorũ, & rusticorum locutus fuisset? Aut cur non potiùs de locatoribus vrbanorũ, qui & in eo plus iuris habẽt quã locatores rusticorũ, quod tacitę hypothecę ius datũ illis est in reb. illatis, non etiã locatoribus rusticorũ? Nõ ergo alia ratione factũ id videri potest, quàm vt inclusio vnius esset exclusio alterius, nec dubitare quisquã posset, quin de reb. in prędiũ vrbanũ illatis Saluianum dari minimè deberet. Neque bona Menochij argumentatio est, vt ob id solùm maior ratio sit dandi Saluiani pro reb. inquilini quòd eas locator tacite obligatas habeat, quasi ad inducendum Saluianum nihil nisi ius aliquod præcedẽtis pignoris, siue expressi, siue taciti exigatur. Verissimum enim est, quod nos tota superiore Decade probauimus, Saluianum induci non tam ex iure

quàm ex pacto expresso pignoris, vt cætera interdicta omnia factum aliquod semper exigunt, aut ex parte illius, qui interdictum postulat, aut ex parte illius contra quem postulatur. Quare si ponas nullum de obligandis coloni rebus illatis pactũ expressum intercessisse, sed tantùm voluntatẽ aliquã locatoris, qualẽ sufficere posse diximus in superioribus, ad eas res pro mercedibus fundi obligandas nõ facilè patiar dari Saluianũ locatori, cui potest imputari cur nõ pepigerit de ipsis obligandis *d. §. interdictum quoque*, sicut nec interdictum De migrando alij competit, quàm ei, qui expressim conuenit de pignore *l. 1. D. de migrand.* Hoc verò cùm ita sit, facile est videre cur pro rebus inquilini in prædium vrbanum illatis, quæ tacitè iustáque tantùm præsumptione pignori obligatæ esse intelliguntur, Saluianum competere non possit, neque directum, neque vtile, nempe quia non sufficit ad inducendum Saluianum quòd sint obligatæ, nisi etiam illud concurrat vt per expressam conuentionem obligatio illa contracta sit.

ERROR SECVNDVS.

Cur Saluianum directum non detur locatori pro rebus inquilini illatis & expressim obligatis.

AT cùm non semper cesset expressa pactio in rebus illatis in prædium vrbanum, nihilque vetet etiam vrbani prædij locatorem expressim paciscí de pignore, vt constat ex *d. l. 1. de migrand.* Id vnum me malè habet, quænam ratio sit cur eo saltem casu quo expressum pactum interuenerit, Saluianum tamen locatori denegetur, Cúrque in hoc deterioris condicionis sint locatores vrbanorum prædiorum, quàm locatores rusticorum, cùm ex iure illo tacitæ hypothecæ quod ipsis solis datum est appareat melioris condicionis esse illos debere, etiam cùm cætera non sunt paria, quantò magis paribus cæteris? Puto ego, nisi me fallo, nullam de rebus mobilibus ab inquilino in prædium vrbanum illatis comparatam esse actionem, neque ciuilẽ, neque prætoriam, neque de possessione, neq; de iure pignoris, hoc est neq; Saluianũ interdictũ, neq; Seruianam, quia neque fuit necessarium, neq; vtile publicè in eo se interponere Prætorẽ, quod iã satis & abũdè cautũ esset locatori data ei retentione rerũ illatarũ si aut nõ appareret inquilinus, aut in pẽsionis solutione cessaret, cùm nemo dubitet quin habeat locator *ius* retẽtionis & detẽtionis non solùm si nullũ aliud pignus habeat locator quã quod à iure præsumptũ est, quódque conuentũ accipitur vt loquitur Vlp. *in l. liberi 6. D. in quib. caus. pign. vel hypoth. tacit. contr.* id est, pro cõuẽto cautóq; habetur *l. vlt. C. eod.* Sed etiá, ac múltò magis si expressim de pignore cõuenerit, nõ tã quod melius & cõmodius sit retinere quàm agere & experiri (nec enim nouum est vt qui ius habet retinendi, habeat etiam ius agendi) quàm quia imputari possit locatori, cur illata in prædium adduci per cõductorem & aufferri passus sit cùm per eorum retentionem posset sibi consulere, ac petere vt distraherẽtur, sibíq; ex precio solueretur, *d. l. penult. eod. d. l. 1. D. de migrand. d. l. cùm domini 56. D. locat. l. si iniuriæ 20. D. de iniur.* Eo namq; nõ facto quod fieri potuit, & debuit, quid ei possis imputare qui res illatas emit bona fide, siue obligatas sciuerit, siue ignorauerit? An nõ iustã & probabilẽ causã habuit existimãdi vẽditionẽ illã fieri nõ reluctãte locatore, & quasi solutis locatori pẽsionib. propter quas alio-

alioqui ius suum exequi, ac prædij vrbani ostium præcludi, signarique vt iuberetur impetrare potuisset? Cur ergo pateretur Prætor inquietari eum per Seruianam? De Saluiano enim non est quod quicquam addamus, cùm numquam detur illud contra extraneum possessorem vt superiore Decade ostendimus ex *l.1.C.de precar.& Saluian.interd.* Et verò constat bonorum mobilium illam esse condicionem, vt eorum possessio facilùs amittatur, quàm immobilium, adeóque ob neglectam solummodò ipsorum custodiam *d.l.3. §. Nerua filius l.peregrè* 44. *in princip.& in fin.l.si rem mobilem* 47 *D.de acquir.poss.* Et consequenter eadémque facilitate ius pignoris quod in ijs cum possessione ipsa fuerit acquisitum, vt quemadmodum pignus propriè non est nisi cuius possessio transit ad creditorem *d.l.si rem* 9. *§.propriè l.cùm & sortis* 35. *§.1.D.de pignor.act.* Ita & pignus esse desinat non quidem statim atque amissa possessio est, sed statim atque neglecta fuit eius retentio: quoniam perinde nuda creditoris voluntate liberatur pignus, atque sola possidentis voluntate possessio amittitur *l.4. §.1. & l.seq. & pass.D.quibusmod.pign.vel hypoth.solu.it. l.si quis vi* 17. *§.differentia D.de acquir.poss.* Vnde & ius illud profectum videtur, quod Gallicanis moribus inductum gallico iactatur prouerbio *Meubles n'ont point de suyte en hypotheque*, Mobilium in extraneum translatorum nullam esse persecutionem per hypothecariam, quamuis ius hoc Gallicanum & consuetudinarium à iuris scripti ratione abhorreat *l.1. D. de distr.pignor. l.si creditor* 28. *D.de pignorat.act.* vbi tamen obserua verba illa *ei debitor* abundare. Rectè verò *per hypothecariam* quia per directam dominij vindicationem ea persequi dominus non prohibetur, etiamsi à tertio possideantur, nimirum quoniam dominij amissio longè difficilior est, quàm aut pignoris aut possessionis *d.§. differentia.*

ERROR TERTIVS.

De interdicto vtili De migrando quod dant interpretes etiam colono.

HÆc omnia eò spectant vt intelligamus actionem nullam competere, neque dari debuisse locatori vrbani prædij in res ab inquilino illatas, quia licèt verum sit quod suprà diximus res istas illatas eo ignorante, in ipsius tamen potestate est vt incipiat eas possidere cùm volet, prohibendo scilicet, ne quid ex ijs conductor abducat & auferat quousque pensio plenè soluta sit aut eius nomine aliter satisfactum, quod vtique facere suo iure potest, atque ita conductoris sui possessionem interuertere, eámque ob causam fuit necessarium inquilino auxilium edicti prætorij ex qua parte propositum fuit interdictum de migrando, quo prætor vetat vim fieri inquilino quominùs liceat ei abducere res illatas in prædium vrbanum si modò soluerit pensionem locatori aut aliter eo nomine satisfecerit *dict.l.1. D.de migran.* Nec quod edicti verba eum nominatim casum demonstrent, quo de pignore expressim conuenerit facere potest, vt videri debeat cessare interdictum in illatis rebus tacitè duntaxat obligatis. Cur enim melior sit condicio locatoris qui non cauit sibi nominatim de pignore, quàm eius qui expressim cauit? Neque verò fuit necesse id exprimi verbis edicti quod non pro lo-

catore vt in Saluiano interdicto, sed contra locatorem pro inquilino proponebatur. Non enim putauit prætor succurrendum locatori qui ipse sibi satis consulere per retentionem posset aduersus inquilinum, sed potiùs inquilino aduersus locatorem, si fortè is iure isto retentionis etiam post solutam pensionem abuti vellet, ad comminiscendam vim & iniurias inferendam inquilino. Sicut è contrario non putauit succurrendum colono per interdictum illud *De migrando d.l.1.§.1.* quamuis subuenerit locatori aduersus colonum Saluianum. Quod ipsum tamen magis mirari quis non immeritò possit: nam cùm Prætor eum casum demonstrauerit quo nominatim conuenisset de pignore, nec quisquam dubitet quin etiam illata in prædium rusticum perinde obligari possint expressa conuentione, atque illa quæ inuehuntur in prædium vrbanum, cur non æquè fuit necessarium interdictum colono, atque inquilino? vt nimirum prohibeatur dominus fundi vim ei facere, quominus res suas illatas possit abducere & auferre soluta demùm mercede. Sed respondendum est, ideò non fuisse necessarium interdictum colono, quia non poterat prohiberi ne res illatas auferret, nisi proposita priùs contra eum Seruiana actione, vel impetrato Saluiano, cùm non quemadmodum in prædijs vrbanis, ita in rusticis vnquam permissum fuerit locatori obstruere ostium & præcludere ac obsignare prædium ad interuertendam coloni possessionem: hoc ipsum verò illam ob causam, quòd ita fieri non poterat, quin agricultura impediretur: cui sanè incommodo prouidendum & occurrendum fuit, potiùs quàm permittendum, vt prætore authore, vel iure permittente id fieri videretur. Et ob eam quoque rationem fuerunt necessaria contra colonum auxilia & Seruianæ actionis, & Saluiani interdicti, quæ contra inquilinũ propter illam quam habebat dominus præcludendi vrbani prædij potestatem, neque necessaria, neque commoda & vtilia esse potuerunt. Et contrà igitur fuit pari ratione necessarium inquilino interdictum De migrando, quod non fuit necessarium colono, nec tamen possunt sibi temperare interpretes, qui rationes istas aut inquirere voluerunt, aut inuenire non potuerunt, quin dent etiam colono vtile interdictum De migrando, sicut & contra inquilinum vtile Saluianum, quasi in vtraque edicti parte eadem coloni ratio sit, & inquilini: quod si ita esset, quæro cur Prætor in proponendo interdicto De migrando inquilini duntaxat meminisset? Rursum cur de colono tantùm, déque rebus coloni proposuisset Seruianam, & interdictum Saluianum? Quemadmodum igitur quod Vlpianus scribit *in d.l.1.§.1. de migrand.* Interdictum *illud* colono non competere, ita omnino accipiendum est vt nullomodo competat, id est, neque directum, neque vtile, ne alioqui nullius effectus sit ea Vlpiani sententia cùm inter directum & vtile interdictum effectu ipso nihil intersit, vt neque inter directam & vtilem actionem *l. actio 47. ff. de negot. gest.* Ita quod scriptum est *in §. item Seruiana Inst. de action. & in §. 1 interd. Illum quoque Inst. de interd.* Seruianam propositam esse de rebus coloni quæ pro mercedibus fundi vinculo pignoris tenentur, & Saluianum interdictum dari similiter de rebus coloni quas is pro mercedibus fundi futuras pignori pepigisset, non alium sensum habere potest, quàm hunc quem nos volumus, vt in illis remedijs proponendis de solo colono prætor senserit, & de coloni rebus tantùm, non etiam de inquilino aut de rebus inquilini, ac proinde vt neque contra inquilinum, neque aduersus res inquilini aut actio Seruiana aut Saluianum interdictum exerceri possit, nec magis vtilis Seruiana quàm directa, vel vtile

Saluia-

Digitized by Google

Saluianum quàm directum. Alioqui, cùm negari non possit quin aliqua sit actio prodita quæ quasi Seruiana, vel vtilis appellatur, An non debuerat quasi Seruiana ea primùm dici & per antonomasiam, quæ maiorem cum Seruiana similitudinem haberet? An non verò illa esset, quæ de rebus inquilini, siue aduersus inquilinum ipsum, siue aduersus possessorem extraneum accómodaretur? Quis enim colono similior, quàm inquilinus? Semper quippe passu pari ambulant, nisi cùm lex eorum iura disertè separat & discernit. Atqui nihil tale vspiam traditum reperias. Quasi Seruianam enim definit Iustin. *in d. §. item Seruiana*, qua creditores pignora hypothecásve persequuntur, quæ & ideò hypothecaria appellatur.

ERROR QVARTVS.

De vtili Seruiana contra inquilinum, aut contra extraneum de rebus inquilini.

DICES, Quidni ergo etiam locatori prædij vrbani competet quasi Seruiana, vt res in prædium suum illatas ab inquilino, & pro pensionibus saltem tacitè obligatas ac multò magis si expressa pactio interuenerit, communi creditorum, omnium iure, retentóque communi si non Seruianæ, saltem quasi Seruianæ actionis, nomine persequatur? Respondeo esse in hoc deteriorem locatoris vrbani prædij condicionem, quàm cæterorum creditorum pignus aliquod siue expressum siue tacitum habentium, quòd ius suum exequi nec aliter nec priùs potest, quàm si prædium in quod illatæ sunt res inquilini præcludi & signari curauerit ad extorquendam pensionis solutionem. Nam sicuti hoc facto sibi tam benè tutóque consulit vt nulla subinde actione egere possit, ita non facto eo, id est si patiatur res inquilini antea illatas in prędium abduci inde, & auferri ius sui pignoris remisisse intelligitur non secus ac si eo tempore quo conuenit expressim de pignore, vel quo res illatæ sunt, conuenisset nominatim vt tamdiu duntaxat essent pignori, quandiu in prædio vrbano detinerentur, cùm nullam hæc interpretatio faciat iniuriam locatori in cuius potestate est facere, si ius suum exequi velit, vt detineantur perpetuò in id vsque tempus quo sit plenissimè ipsi satisfactum. Quod quoniam non similiter de locatore prædij rustici dici potest, quis iam miretur consultum ei fuisse per actionem & per interdictum, cui non poterat consultum esse per retentionem? Aut quis pro locatore vrbani prædij exigat actionem, vel interdictum cùm possit ille sibi multò commodiùs & expeditiùs per retentionem consulere? Neque malè possit quis ad hunc casum aptare quod vulgari nostrorum iactatur brocardico, eum qui in vno grauatur, in alio releuari oportere, & contrà *vulg. l. eum qui* 30. *D. de iureiur.* Grauatur in hoc inquilinus magis quàm colonus vt pensionis non solutæ nomine percludi possit, quomodo loquitur Paulus *in d. l. pen. D. in quib. caus. pign. vel hypoth. tacit. contr. & in dicta leg. cùm domini* 56. *D. locat.* vbi de horreis & insulis tantùm tractat, id est de prædiis vrbanis, de quibus etiam Modestinus *in l. si iniuria* 20. *D. de iniur.* Proinde illum releuari æquum est in eo vt post abductas & ablatas non reluctante locatore res quæ priùs in vrbanum prædium illatæ fuerant, neque Seruianam amplius timendam habeat, neque Saluianum, sed sola personali actione conueniri possit, nisi ponas obligasse ipsum vt hodie fieri adsolet, non tantùm inuecta & illata, sed generaliter bona sua omnia,

Digitized by Google

Quo casu sicut illatio nihil prodest ad obligationem pignoris, siue constituendam, siue perficiendam, ita nec abductio & ablatio nocere potest ad finiendum ius pignoris: quod vt perpetuò duret, sufficit fuisse res illas in bonis inquilini tempore conductionis, cùm non fuerint obligatæ tanquam illatæ, sed tanquam bona debitoris: quæ ratio perpetuam facit obligationem semel benè constitutam. Cui tamen consequens esse nolumus, vt res illatæ in prædium rusticum & expressim obligatæ, desinant pignoris vinculo teneri statim atque fuerint abductæ, & exportatæ. Etsi enim non tam conuentio pignoris quæ præcesserit, quàm secuta illatio facit vt oppignoratæ censeantur, *d. l. potior* 11. *§. si colonus D. qui potior. in pignor. hab.* Certum tamen est manere illas obligatas etiam postquàm inde ablatæ sunt, ideóque ipsarum nomine aduersus extraneos quoque competere Seruianam *l. 1. & 2. D de Saluian. interd.* Quoniam illationis effectum hoc casu perpetuum esse oportet, vel ob id maximè quòd cùm in potestate locatoris prædij rustici non sit facere, vt res perpetuò durent illatæ, id est quousque soluta sit tota pensio, esset alioqui in potestate conductoris abducendo quandocunque, & auferendo inde res illatas, efficere vt bene contracta pignoris obligatio, creditore inuito & ante solutam pensionem finiretur, quod & absurdum & iniquum esset *l. debitorem* 15. *C. de pignor. l. nec ei* 17. *§. 1. D. de adopt. l. si seruum* 91. *§. videamus D. de verb. obligat.*

ERROR QVINTVS.

De Saluiano pro fructibus perceptis ex prædio rustico. Et ad l. si seruus 61. *§. locauit. D. de furt. & ad l. pen. D. in quib. caus. pign.*

DE fructibus à conductore perceptis ex fundo & prædio rustico dubitant etiam interpretes an competat Saluianum. Et quamuis nullo iuris loco scriptum sit competere, magis tamen esse putant vt competat, Vnica illa & perpetua ratione, qua & mouentur perpetuò, & decipiuntur. Quòd fructus illi etiam citra expressam conuentionem tacitè sint obligati pro mercedibus fundi *l. in prædiis* 7. *D. in quib. caus. pign. vel hypoth. tacit. contr.* Supponunt enim pro vero & constanti, aliud nihil requiri ad inducendum Saluianum, quàm vt ea res cuius nomine interdictum proponitur sit pignori obligata. Atque ita & argumentatur & concludit Iacob. Menochius, qui omnium diligentissimè vniuersum hunc tractatum de Saluiano interdicto prosecutus est *Remed.* 3. *adipisc. poss. quæst.* 16. *num.* 113. vbi addit pro sententiæ suæ confirmatione, non posse dubitari quin conductor fructus istos possederit, quod etiam putat ille omnimodo necessarium esse, vt eorum nomine siue contra ipsum conductorem, siue aduersus extraneum exerceri Saluianum possit: Nos verò docuimus in præcedentibus, neque esse necessarium vt debitor conuentionis tempore possederit eas res de quibus Saluianum proponitur, cùm sit hoc remedium adipiscendæ possessionis, non retinendæ aut recuperandæ: neque sufficere vt res illæ fuerint obligatæ pignori, si non illud etiam concurrat vt expressa conuentio præcesserit de iis obligandis: *Ex §. interdictum quoque Inst. de interd.*

Digitized by Google

interd.l.1.D.de migrand. Itaque tametsi fructus percepti ex prædio rustico tacitè obligati sint etiam citra conuentionem, non est tamen bona consecutio si quis ex eo inferat, posse igitur pro illis Saluianum dari, nisi ponas expressum pactum de iis obligandis interueniisse. Sed & pacto expresso interueniente, nego posse Saluianum competere pro huiusmodi fructibus, quippe quòd constat non de aliis rebus competere quàm de rebus coloni in prędium rusticum illatis & inductis, in quo numero certè non sunt fructus à colono percepti, nec si in horreo reconditi proponantur: quia non ideò in horreum inferuntur, vt sint pignori locatori, sed vt asseruentur primùm, deinde suo tẽpore distrahantur: lucro & commodo conductoris; Cui alioquin non liceret eos fructus inde auferre, ac vendere, si non locatoris quoque consensus interueniret, quin hoc ipso furtum facere diceretur, eo saltem casu quo expressum de iis obligandis pactum præcessisset, *l.si seruus 61.§.locaui D.de furt.* Deinde cessat in his fructibus ratio, quæ induxit, necessitatem proponendi Saluiani de rebus coloni. Ratio enim, vt diximus, non alia fuit, quàm quòd succurrendum videretur locatori siue per actionem Seruianam contra quemcunq; possessorem, siue per interdictum Saluianum aduersus conductorem, cùm ille sibi ipsi consulere per retentionem non posset, obsignando & præcludendo prædium rusticum, quomodo posset facere locator prædij vrbani. *l.pen. D in quib.caus.pign.vel hypoth.tacit.contr. l.cùm domini 56. D. locat. l.si inuitæ 20. D.de in.ur.* Atqui quod ad fructus istos pertinet, æquè sibi per retentionẽ prospicere locator potest, acsi de rebus in prędium vrbanum illatis ageretur, quia quandiu non sunt separati à solo, sunt fundi, & ideò potest locator si velit iure suo, & tanquam dominus prohibere ne conductor qui iam in soluẽda pensione moram fecit, eos percipiat: Posteaquàm verò separati sunt à solo, & à conductore percepti, licèt neque fundi partem constituant, neque ad locatorem proinde dominij iure pertineant, sed ad conductorẽ tanquã qui eos ex locatoris eiusdémque domini voluntate percepерit adhuc tamẽ durat ius locatoris vt prohibere possit, ne priusquàm soluta pensio sit, exportentur: Adeò vt nec prohibitio illa necessaria sit, sed sufficiat clam exportatos à conductore fructus esse, id est, nulla denunciatione facta locatori, cui ea res denunciari debuerat (id enim demum est clam facere *l.3.§.pen.& vlt. D quod vi aut clam.*) vt hoc ipso conductor furtum fecisse videatur *d.§. locaui.* Ex quo loco apparet plus iuris hac parte habere locatorem in fructibus prædij rustici iam perceptis à conductore, quàm habeat locator prædij vrbani in rebus quas inquilinus in prædium vrbanum inuexerit. Nec enim vllo iuris loco proditum est inquilinum furti actione teneri, si res in prædium vrbanum illatas abstulerit vel abduxerit ante solutam pensionem, & citra denunciationem, tametsi expressa conuentio pignoris præcesserit, sed hæc sola inter tacitum & specialiter expressum pignus differentia hac parte constituitur, *in d.l. penult.D.in quib.caus.pign.vel hypoth.tacit.contr.* quod seruum inductum in prædium vrbanum, licèt omnimodo saltémq; tacitè obligatus sit, non tantùm alienare inquilinus potest, sed etiam manumittere, quem tamen si specialiter obligatus esset manumittere nullomodo posset: nõ dico *si expressa*, vt quidã interpretantur, sed *si specialiter*, atque ita intelligo quod in *dict.l.penul.* scriptũ est *manifestarij pignoris nomine tenentur.* Siue enim cum Haloandro legas *manifestaria*, vt referas ad dictionem illam præcedentem *ex conuentione*; siue vt vulgò, *manifestarij pignoris*, sensus idem est, & manifestaria conuentio pignoris

aut conuentio pignoris manifestarij illa demũ est quæ nõ tantùm expressim sed etiam specialiter rem afficit, cùm in generali conuentione pignoris plerumque obscuri aliquid insit, propter quod dubitari probabiliùs possit an hoc aut illud contineatur. Et quamuis generalis conuentio pignoris possit esse manifesta, non tamen æquè manifestaria esse potest, ac specialis. Potest verò cõuentio pignoris expressa esse, nec tamen specialis, puta si sit generalis.

ERROR SEXTVS.

De sententia l. pen. D. in quib. caus. pign. tac. contr.

ERRANT itaque in hoc nostri vulgò interpretes qui quod scriptum est *in d. fi. l. penult.* sic intelligunt, quasi Paulus moneat magnam esse differentiam inter ea, quæ tacitè, & ea quæ expressè obligata sunt pro prædij vrbani pensione, cùm è cõtrario nõ distinguat Paulus an quæ obligata sunt propter pensionem obligata sint expressè an tacitè, sed an quid obligatũ sit propter pensionem quoquomodo, & indistinctè, id est, siue expressè, siue tacitè, an verò ex conuentione manifestaria & speciali ex alia scilicet quàm pensionis causa, vt priore casu non prohibeatur manumissio serui, si modò antè manumissus sit, quàm dominus idémque conductor pensionis nomine percluderetur, posteriore verò casu prohibeatur, quod & Marcianus scripsit non iisdẽ verbis sed eodem penè sensu *in l. si quis non obligatum 6. D. qui sine manum. ad libert. perueu.* Nisi quod Marcianus non opponit, quomodo Paulus, seruum obligatum propter pensionem siue expressè siue tacitè, seruo specialiter obligato ex alia causa: sed seruum nõ obligatum nisi generaliter seruo specialiter obligato, quasi nec videatur obligatus quodammodo seruus, qui generaliter tãtùm obligatus est, *l. in fraudem 27. §. 1.* iunct. *l. generaliter 29. D. qui & à quib. manumiss.* Verùm hæc ipsa si effectum inspicias, solo verborum sono inter se distant: quia pro pensione vrbani prædij possunt quidẽ illata obligari nõ modò tacitè, sed etiam expressè: at specialiter vix vnquam possunt: Quãdoquidẽ solet conuentio præcedere illationẽ, fieríque eo tempore quo cõtrahitur locatio, ac proinde antequàm inquilinus res suas inferat, habeátve ius inferendi. Nec tam afficiuntur res illatæ & inuectæ per conuentionis potestatem, quàm per illationem cùm neq; actũ sit vt aliter obligarentur, quàm sub ea veluti condicione si inferrentur *l. potior 11. §. si colonus D. qui potior in pignor. hab.* Nisi poneres inter locatorem; & conductorem expressim conuenisse non tãtùm vt quandocunque illata & inducta obligarentur, sed etiam vt hoc & illud inferretur, hic vel ille seruus induceretur: quod tamen vix est vt vnquam eueniat, nec nisi valde iniqua posset videri conuentio eiusmodi, & cõductori onerosa. Exemplum sanè talis cõuentionis nullum, quod sciam, in libris nostris extat. Itaque bene Paulus *in d. l. pen.* postquàm opposuit ea quæ propter pensionem obligata sunt, iis quæ per conuentionem manifestariam & specialem sint obligata ex alia causa, opponit subinde mancipia obligata pignori hoc est specialiter oppignorata, seruis inhabitantibus in prędio vrbano, nõ quòd habitationis intuitu serui non nisi tacitè obligati sint locatori (quid. n. vetat esse obligatos etiã expressè?) Sed vt intelligamus siue expressè illi obligati sint, siue tacitè, non tamen nisi generalẽ obligationẽ illã esse, specialẽ verò nõ

rò nõ esse,qualẽ oporteret esse ad seruum obligatũ adeò afficiendũ vt manumissio impediretur. Proinde inter tacitã & expressam pignoris obligationẽ quantũ ad ea quæ in prædiũ vrbanũ inferuntur, aut inducuntur,nihil penitus interest,sed inter generalẽ & specialẽ pignoris conuentionẽ multũ distat,dixi,quantũ ad ea quæ in prædiũ vrbanũ inferũtur,& inducũtur, quoniã in iis quæ à colono in prædiũ rusticũ inuehuntur,valde refert an expressa,an tacita præcesserit cõuentio pignoris de illatis obligandis,non solùm si de Seruiana tractemus,sed etiã si de Saluiano interdicto,quia neutrũ remediũ cõpetit locatori si nõ expressim cõuenerit de pignore, vtrũq; verò cõpetit si cõuenerit expressim,quãdoquidẽ nec pignus vllũ hoc casu tacitè cõtrahitur,vt probauimus in superiorib.Sed & in eo rursũ alia ratio est inquilini,alia coloni,quod mãcipiorũ quæ inquilinus in prædium vrbanũ induxit, manumissio,aliquo casu ,phibita est, nimirũ si manumittãtur ab eo qui iã tùm pẽsionis nomine sit percluſus,vt scriptũ est in *d.l.penult.*vbi additur,retẽta pignoris iure mãcipia nõ posse liberari,derisúmq; id est reprehẽsum fuisse Neruã Iurisconsultũ, qui putabat,per fenestrã mõstratos seruos quos locator ob pẽsionẽ detineret liberari posse,quasi nõ sufficeret præcludi & obsignari ostiũ prædij vrbani,si nõ ipsæ quoq;fenestrę obstruerentur,vt bene explicat vir doctissimus Iacob. Cuiacius *lib.17.Obser.cap.39.* Imò verò præclusio illa,& obstructio ædiũ & ostij etiá patentib.fenestris ad retinenda illata & inducta omnia,quousq; pensionis nomine plenissimè satisfactum sit locatori prædij vrbani, vim habet ac potestatem pignoris non tantùm expressi sed etiam specialis,nec per specialem tantùm conuentionem,sed etiam,quæ propria pignoris natura est,per traditionem constituti, vt exinde locator fiat possessor rerum omnium illatarum & pro pensione obligatarum,non minùs quàm si in eam nominatim causam traditæ probarentur. Quæ res facit vt debitoris eiusdémque conductoris possessionem locator interuertat sed suo iure,nec illicitè, quia iam ex die illationis habuit res illas pignoris taciti iure obligatas, tùm quoque cùm pactio nulla de pignore interuenerat. Quòd si expressa pignoris conuentio fuit,hoc tamen addit præclusio, & obsignatio ædium, vt exinde non modò expressum sed etiam speciale pignus constitutum traditúmque videatur. Inde verò fit vt non similiter possit inquilinus ex eo tempore interuertere possessionem locatoris,& res in prędiũ vrbanum illatas aufferre,& abducere, quin hoc ipso furtũ faciat,etiã rei suæ, cùm furtũ nõ dominij interuersio sit, sed possessionis:adeò vt neq; seruũ vllũ ex inhabitantib.possit manumittere, *d.l.penult.* quãuis causa manumissionis omniũ fauorabilissima sit propter fauorẽ libertatis. Et hæc quidem de illatis in prædium vrbanũ dixisse sufficiat.

ERROR SEPTIMVS.

Cur facilius fiat furtum à colono in fructibus prædij rustici quàm ab inquilino in rebus illatis.

IN fructibus verò prædij rustici,de quib. primùm dicere cœpimus,dissimilia sunt penè omnia. Nam neque possidentur à conductore antequàm eos perceperit, cùm tãtisper sint pars fundi qui totus non minùs possessionis,quàm dominij iure ad locatorẽ pertinet, neq; eo magis tam é furtum eorum facit colonus,cùm eos percipit,q ex domini voluntate hoc faciat

Digitized by Google

intelligitur, cùm à domino conduxerit, nec quòd eos expressim obligauerit pro pensione quam nondum soluit, nocere ipsi debet, quandoquidem prius est vt colono fuerint acquisiti, quàm vt in iis ius vllum pignoris contractum videri possit, colono autem acquiri priùs non possunt quàm eos perceperit, neque rursum ab eo percepti dici, antequàm fuerint à solo separati *l. si fructuarius messem 13. D. quib. mod. vsusfr. amitt.* Sed vbi eos percepit, sicuti ex eo die incipiunt & ad colonum pertinere, & consequenter obligati esse pignori p mercedibus fundi, ita & incipit colonus posse furtum eorum facere, & facit, si eos clam deportet, nullâque facta locatori denunciatione, non quasi eos percipiendo possessionem ipsorum simul cum dominio non acquisiuerit, quandoquidem suo, & nomine & iure illos percepit. Sed quia ex instanti pignoris contracti, id est, ex quo cœperunt illi ad colonum & dominij & possessionis iure pertinere, cœperunt etiam sic esse affecti vt exportari neque potuerint, neque debuerint, nisi vel sciente domino & consentiente, si soluta pensio non esset, vel soluta demùm pensione, si domini voluntatem & consensum exquirere colonus nollet, quasi non tam amissa in totum possessione, per locatorem, quàm mutata possessionis causa, vt qui anteà simpliciter & absolutè possidebat fructus cohærentes solo tanquam dominus & fundi & fructuum, ex tunc incipiat eos possidere tanquam creditor, id est, non quidem absolutè, sed tamen quod ad omnes causas præterquàm quod ad vsucapionem *l. serui nomine 16. D. de vsucap.* Hoc verò sufficit vt furtum ei possit fieri etiam à debitore. Nam & furtum fit cùm debitor pignus subtrahit creditori non solùm si traditio præcesserit, sed etsi specialis obligatio citra traditionem *l. si is qui 66. D. de furt. §. aliquando Inst. de oblig. quæ ex delict. nascũt.* Indéque nimirum est quod salua etiam conductione potest locator prohibere nõ ne fructus à solo separentur, sed ne à prædio distrahantur, & deportentur, nõ vt contendat suos esse, sed vt dicat sibi obligatos: Quid? An non etiam illa, quæ in prædium vrbanũ inuecta & inducta sunt, verè sunt obligata locatori ex die illationis, tùm quoque cùm de iis obligandis nullo modo conuenit? Cur non ergo perinde furtum facit inquilinus si quid ex illatis aufferat & exportet non soluta pensione priùs etiam quàm pensionis nomine præcludatur? Ratio differentiæ ex eo petenda est, quod fructus percipiendi ex fundo rustico non possunt expressim obligari quin hoc ipso specialiter obligẽtur, quia nec de aliis fructibus obligãdis in genere actum videri potest, quàm de iis ipsis qui in specie nascentur ex fundo. At conuẽtio de obligatione inferendorũ in prædiũ vrbanũ tametsi maximè sit expressa, nũquã tamẽ sic exptimi potest, vt sit specialis, quia nec sciri potest quid inquilinus in prædiũ vrbanum inuecturus sit, aut nõ inuecturus: quoniã scilicet extrinsecus inuehuntur, dissimiliter à fructib. qui ex fundo cõducto nascẽtur, quos certum est ex alio fundo nasci nõ posse. Porrò sola specialis obligatio, nõ etiã generalis potest vice traditionis esse ad hoc vt debitor cõtrectãdo rẽ pignori datã si inuito, id est, ignoráte creditore id faciat, furtum ipsius facere existimetur. *d. l. si is qui in princip.* Adeò verũ est, quod vulgo iactitãt, specialẽ cõuẽtionẽ magis afficere, quã generalẽ. Quãquã si qua generalis cõuẽtio fingi posset de fundi fructib. obligãdis, quę differret à speciali, nouũ tamẽ nõ esset plus iuris habere locatorẽ in fructib. qui aliquãdo ipsius fuerũt, & quos nõ aliter passus fuisset pcipi à colono, q̃ si speraſſet futurũ vt in soluenda mercede fidẽ cõductor præstaret. Nõ enim similiter posis dicere, illata ab inquilino fuisse vnquam loca-

locatoris. Et ideò incipit illatorum pignus à die illationis *d.l.potior §.si colonus ff.qui potior.in pignor.hab.* Pignus verò fructuum ex die ſeparationis,& eo ipſo, vt diximus inſtanti quo eorum dominium incipit ad colonum pertinere. Cùm ergo non minùs poſſit locator prædij ruſtici conſulere ſibi per retentionem fructuum , quàm locator prædij vrbani per retentionem illatorum, imò longè commodiùs quia pro illatis retinendis neceſſe eſt penſionis nomine inquilinum percludi, quod ad fructus retinendos, eorúmque deportationem impediendam non æquè neceſſarium eſt, conſequens omnino fit, vt non magis Saluianum poſſit accommodari locatori prædij ruſtici pro fructibus,quàm locatori prædij vrbani pro illatis,cùm & imputari poſſit domino cur non fuerit diligentior in eo vt ſibi conſuleret per retentionem antequàm fructus exportarentur , & poſt exportationem quoque poſſit ille ſibi proſpicere per actionem furti , quorum neutrum dici poteſt de illatis in prædium ruſticum, pro quibus ob eam cauſam vt locatori pro mercedibus cautum eſſet,neceſſe fuit comparari & Saluianum interdictum aduerſus conductorem, & Seruianam actionem tam aduerſus conductorem ipſum quàm contra extraneum quemlibet alium poſſeſſorem.

ERROR OCTAVVS.

De fructibus prædij ruſtici tacitè tantùm obligatis, & an pro ijs dandum ſit Saluianum aut Seruiana locatori.

QVID verò ſi fructus prędij ruſtici non expreſſè,ſed tantùm tacitè pro fundi penſionibus ſint obligati ? Minùs vtique iuris habebit in ijs locator,hactenus nimirum ne poſſit videri conductor furtum feciſſe fructuum ſi eos poſt perceptionem deportauerit inſcio locatore, quia non quælibet pignoris obligatio facit vt tam facilè poſſit debitor furtum rei ſuæ admittere,ſed ea tantùm quæ vel ſit ſpecialis vel traditionem iunctam habeat *d.l.ſi is qui.* Et idcircò tractat Africanus *in d.§. locaui*, eam ſpeciem in qua expreſſè conuenerat vt pro fundi mercedibus obligati eſſent fructus qui ex eo fundo naſcerentur.Sed an ideò Saluianum aut Seruianam pro huiuſmodi fructibus dabimus locatori ? Minimè: nam ſublata cauſa furtiua quæ ſi pignoris obligatio ſpecialis interueniſſet,per ſolam fructuum deportationem induceretur citra vllam prohibitionem , & ob omiſſam tantummodò denunciationem. Hoc tamen remedium ſupereſt locatori ad parandam ſibi indemnitatem per retentionem, vt prohibeat expreſſim conductori ne fructus illos tacitè obligatos priùs exportet, quàm penſionem ſoluerit, aut aliter eo nomine ſatisfecerit. Quidni enim prohibitio illa tantùm ei proderit,quantùm prodeſſet locatori vrbani prædij ſi penſionis nomine inquilinus percluderetur ? Neque verò Menochius hoc diffitetur , poſſe locatorem prædij ruſtici pro ſuo iure prohibere ne fructus à colono exportentur,ſed in eo errat cum cæteris interpretibus quod ob hoc ipſum tantò facilius accommodat locatori Saluianum quod vel hac vnica ratione in totum denegare debuerat , nec rurſus vidit quanti interſit,an fundi & prædij ruſtici fructus tacitè ſint obligati an expreſſè. Illud ſanè benè notat nihil intereſſe an fructus illi in horreum prædij ruſtici illati ſint necne, quoniam non ex illatione naſcitur ius pignoris vt in il-

latis in vrbanum prædium, sed ex eo solo quod fructus sunt prædij rustici, nec superueniens illatio auget ius pignoris, sed tantùm facit ne furtum fructuum admissum dici possit qui non exportati, sed è contrario in horreo prædij rustici reconditi fuerunt. Illud quoque non malè nihil interesse an illationem sciuerit dominus fundi, an ignorauerit, sed in eo pessimè quod vtroque casu dat Saluianum locatori pro fructibus, quod nos nullo penitus casu dandum esse arbitramur. Planè quod de fructibus diximus certum est ad omnes pertinere, nec minùs ad industriales quàm ad naturales, si modò locatori res sit cum colono ipso non cum coloni herede, vt benè idem Menochius pro Negusantio contra Iasonem disputat supradicto loco. Nec enim leges distinguunt an fructus naturales sint an industriales *d.l. in prædijs 7. D. in quib. caus. pign. vel hypoth. tacit. contr.* iunct. *l. 3. Co. eod.* nec rursus distinguendi causa vlla est nisi in persona heredis cuius non alia bona possunt dici obligata pro debito defuncti, quàm quæ ex defuncti bonis immediatè prouenerunt *l. Paulus 29. in princ. D. de pignor.* in quo numero sunt fructus tantùm naturales non etiam industriales. Bart. *in l. assiduis nu. 9.* & Salic. *ibid. quæst. 5. Co. qui potior in pign. hab.*

ERROR NONVS.

De re empta ex precio fructuum in prædio rustico perceptorum.

QVOD volunt interpretes, dari Saluianum locatori pro fructibus quoque perceptis in prædio rustico si conductor non soluerit pensionem, restringere solent ad eum casum, quo fructus adhuc extent. Nam si cõsumpti sint, quamuis ita vt ex ipsorum alienatorum precio res aliqua empta sit, fatentur neque hypothecam, neque hypothecariam vllam superesse nec in fructus qui amplius non extant, nec in rem illam emptam ex fructibus, quæ nunquam, aut expressè, aut tacitè fuit obligata. In eóque omnes consentiunt *ex l. 3. C. in quib. caus. pign. vel hypoth. tacit. contr.* vbi disertè hæc differentia traditur inter fructus prædiorum pignori datorum, & prædia ex fructuum precio comparata, vt fructus quidem pignorum etsi id apertè expressum non sit ipsi quoque pignori credãtur tacita pactione inesse, nempe quia sicuti iure soli percipiuntur *l. qui scit 25. §. 1. de vsur.* ita & ius soli in causa pignoris sequuntur, at prædia tamen ex fructuum precio comparata non similiter in eandem pignoris causam veniant. Sed addunt exceptionem, quam neque Imp. Alex. *in d.l. 3.* neque alius vllus ex antiquis prudentibus vnquam addidit, nisi alia nulla sint debitoris bona per quæ possit consultum esse creditori. Eo námque casu volunt etiam in hypothecaria precium succedere loco rei, contra vulgarem iuris regulam, quæ habet in vniuersalibus tantùm iudiciis, non etiam in singularibus quæ nostri vulgò malè particularia vocant, ita constitutum esse, vt precium loco rei succedat *l. si & rem & precium 21. & seqq. D. de petit. hered. l. Imperator 70. §. vltim. & legib. seq. de legat. 2.* Iudicium enim actionis quasi Seruianæ, & hypothecariæ speciale esse non vniuersale nemo ambigit, nec proinde quin ius ita comparatum sit vt quod ad illam actionem pertinet precium non succedat loco rei *ex l. 1.* vbi Bart. & alij D. *de distract. pignor.* Plus putat Iacob. Menoch. *in remed. 3. De adipisc. possess. ex Saluian. interdict. numer. 123. & 125.* Si fructus ex rustico prædio percepti qui pro mercede obligati, siue expressè, siue tacitè fuerant, ita consumpti sint vt nec alia vlla supersint conductoris bona ex quibus possit

ſit locator indemnitatem conſequi, etiam rem quæ ex precio illo empta ſit, velut hypothecæ ſuppoſitam, in ſubſidium vindicari poſſe, ſed per hypothecariam actionem, inquit, non per Saluianum interdictum cùm à conductore numquam res illa fuerit poſſeſſa. Atque in hanc rem adfert authoritatem Alex. *conſ.* 108. *num.* 10. *lib.* 5. & Cyni *ad l. mater quæſt.* 7. *C. de rei vindic.* quibus tamen locis tractant illi non de re quæ empta ſit ex precio rei obligatæ, ſed de precio ipſo, cuius quàm longè diſpar & diuerſa ratio ſit, nemo non videt. Nam cùm hoc per ſe iam ſatis mirum & difficile eſt, vt in hypothecaria precium ſuccedat loco rei in ſubſidium, quia repugnat iuris regulis, vt diximus, & omnes fatentur, magiſque nititur æquitate quàm iure, Tum verò illud multò difficilius eſt ne dicam abſurdius, vt res empta ex precio rei obligatæ cenſeatur hoc ipſo eſſe ſaltem in ſubſidium obligata. Duo enim ſingularia in eam rem concurrere & circa idem induci oporteret, contra vulgare noſtrorum brocardicum ad *l.* 1. *C. de dot. promiſſ.* Primum illud eſſet vt precium rei obligatæ ſuccederet in locum rei, perindéque obligatum intelligeretur ſaltem in ſubſidium. Alterum vt res empta ex illo precio non niſi in ſubſidium obligato, ipſa quoque eodem iure cenſeretur: Nec enim fieri poteſt vt res empta ex precio pignoris ſit obligata, quin precium ipſum priùs fatendum ſit obligatum eſſe. Nos verò etſi brocardicum iſtud Doctorum nunquam probauimus, nec abſurdum exiſtimamus, vt circa eandem rem eandémque perſonã ſingularia multa concurrant ſi ratio aliqua æquitatis, & humanitatis ita ſuadeat, in propoſito tamen ne duo iſta ſingularia admitti patiamur, ex eo mouemur, quòd ne quidem priori ſoli admittendo locum fieri debere arbitramur. Sicut enim conſtat inter omnes multũ diſtare inter rem & rei precium *l. ſi alij vſus* 42. §. 1. *D. de vſufr.* Ita fatendum eſt multum referre an inter debitorem, & creditorem conuenerit de re aliqua obliganda, an de ipſius quoque precio in eandem pignoris cauſam deducendo, Cũmque ita ius ſit, vt nihil per hypothecariam peti poſſit niſi quod vel expreſsè, vel tacitè obligatum probetur, omnino conſequens eſt, vt rei obligatæ precium de quo nihil dictum fuit, cùm de pignore conueniret, nõ poſſit peti per hypothecariam, nec magis in ſubſidium quàm principaliter: Sicuti nec alius poteſt in locum pignoratitij creditoris ſuccedere, quàm qui ipſe conuenit de pignore *l. Ariſto.* 3. *D. quæ res pignor. oblig. poſſ.* An non enim multò facilius eſt vt perſona ſuccedat in locum perſonæ ad proponendam hypothecariam, quàm vt res non obligata in locũ rei obligatę ad eandẽ hypothecariã excipiẽdã? Neq; quod ſolemus dicere, fruct' qui ex re ſpecialiter obligata percepti ſunt hoc ipſo tacitè obligatos intelligi *d. l.* 3. *C. in quib. cauſ. pign. vel hypoth. tacit. cõtr.* facere poteſt vt ſimiliter admittere debeam', obligatũ eſſe preciũ quod ex re obligata redactũ fuit: quia nõ quẽadmodũ fruct' rei ex ipſa re percipiũtur, & quidẽ iure ſoli, nõ ſeminis *l. qui ſcit* 25. §. 1. *D. de vſur.* Ita poſſit quis ſimiliter dicere pretiũ pignoris vẽditi ex pignore ipſo perceptũ videri, cùm preciũ rei venditæ non tam ex re ipſa, quàm ex negotiatione percipiatur *l. venditor* 21. *D. de hered. vel act. vendit.* Quòd ſi tum quoq; cùm de fructibus agimus, diſtingui oportet, an de naturalibus tãtùm fructibus tractemus, an verò de induſtrialibus, quoniã induſtriales cùm nõ ex re ipſa obligata percipiantur immediatè, ſed per mediã poſſidentis operã & diligentiam, non veniunt in obligationem cauſámque taciti pignoris, vt ſuperiore capite diximus ex Bart. ad *l. aſſiduis num.* 9. *C. qui potior. in pignor. habeant.* Ita vt ne quidem in ſubſidium poſſint fructus illi induſtriales capi pignori, nec enim quiſquam tale quid vnquam dixit,

Digitized by Google

Quantò minùs ferendum est vt precium rei obligatæ de quo siue expressè, siue tacitè obligando, neque dictum, neque actum quicquam est, hoc ipso censeatur obligatum? Nam fructus etiam industriales non alio tamen quàm soli iure percipiuntur, idque commune habent cum naturalibus *d. l. qui scit §. 1. l. bonæ fidei* 48. *D. de acquir. rer. domin.* & hoc saltem verum est, fundum ex quo percepti sunt fructus industriales fuisse debitoris tempore conuentionis. Pretium autem rei numquam nec vllomodo ex re ipsa, sed omnimodo, & omni casu ex negotiatione percipitur, *d. l. venditor.* nec potest dici precium fructuum ex quo res empta est, fuisse conductoris eo tempore quo pignus, siue expressum, siue tacitum contractum fuit, quod tamen necesse esset illo etiam casu quo de ea re nominatim obliganda conuenisset *l. potior.* 11. *§. si de futura re D. qui potior. in pign. hab.* iunct. *l. 1. D. de pignor.* Et verò si res ex nummis pignoratis empta non ob hoc solùm pignorata est, quòd pecunia pignerata erat vt disertè scribit Vlpianus *in l. idémque* 7. *in fin. D. qui potior. in pignor. hab.* nulla ratio est cur facilius è contrario admittamus pecuniam ex rei pigneratæ precio redactam ob hoc solùm censeri pignoratam quod res ipsa pignorata erat, cùm non sit facilius, vt precium succedat in locum rei, quàm vt res in locum precij. Sic enim euenit vt neque res empta ex pecunia mea sit mea, *l. si ex ea pecunia* 6. *C. de rei vindic.* neque dotalis quæ ex pecunia dotali *l. ex pecunia* 12. *C. de iur. dot.* nisi empta sit vxoris nomine, quomodo accipienda est *l. res quæ* 54. *D. eod. tit.* neque communis quæ ex pecunia communi *l. si vnus* 67. *§. 1. D. pro socio.* Denique cùm placeat redactum ex re furtiua precium furtiuum non esse *l. qui vas* 48. *§. vlt. D. de furt.* cur magis admittamus pignoratum esse precium, quod redactum est ex re pignorata? Aut cur pignus illud subsidiarium inducamus fauore creditoris cui potest imputari cur non melius sibi prospexerit, In necem verò illius cui nihil possis imputare, siue debitor ille sit, siue alius quispiam tertius. Quamquam si subtilius intueare, difficilius est vt in persona ipsius debitoris quæstioni huic locus esse possit, Cùm si debitor rem à se pignoratam vendat inscio creditore hoc ipso furtum eius facere intelligatur, non solùm si rem tradiderat, sed etiam si speciali conuentione illam obligauerat *l. si seruus* 61. *§. locauit l. si is qui* 66. *in princip. D. de furt.* Si verò eam vendat ex voluntate creditoris, hoc ipso creditor ius sui pignoris remittere intelligatur *l. 4. §. 1. l. si consensit* 7. *l. sicut* 8 *§. non videtur & pass. D. quib. mod. pign. vel hypoth. solvit.* Porrò cùm debitor rem à se pignoratam ita vendit, vt vendendo furtum eius faciat, licet sit quod ei possit imputari cùm in re illa malè versetur, nulla tamen ratio est vt eo magis precium rei obligatæ debeat videri obligatum, Imò tanto minùs quanto certius est eum qui furtum rei facit per venditionem, nihil minùs agere, quàm vt pecunia quam redigit ex venditione succedat in locum rei, admissum enim contrariam potiùs voluntatem declarat, id scilicet eum agere vt quantum facere potest, pignus interuertat, vt in specie non dissimili ratiocinatur Vlpianus *in l. si quis extraneus* 21. *D. de acquir. hered.* Estque inauditum vt quicquam obligetur, siue expressè, siue tacitè citra vel contra voluntatem domini præterquàm cùm obligatio ex lege necessaria est, quo demum casu non inquiritur voluntas debitoris, vt in causa dotis & tutelæ *l. vnic. C. de rei vxor. act.* Itaque fatendum est, quod nemo ex interpretibus obseruat, vel huic quæstioni locum in persona debitoris nullum esse posse, vel, quod est verius, non alio casu posse quàm quo generalis duntaxat cõuentio de pignore interuenerit, aut quo facta sit pignoris

specia-

Digitized by Google

ſpecialiter dati venditio nec ignorante, nec tamẽ conſentiente creditore, ſed ſciente illo & tacente. Nam neque generalis conuentio pignoris ſufficit, ad hoc, vt debitor vendendo rem obligatam quam non tradidit furtum eius facere videatur, ſed ſpeciali opus eſt vt in *d. §. locari*, & *d. l. ſi is qui*, neque ſola ſcientia creditoris cùm pignus à debitore venditur, ſufficit ad inducendam tacitam remiſſionem pignoris ſi non expreſſus conſenſus intercedat, *d. §. non videtur*. Atqui cùm generalis tantùm conuentio pignoris præceſſit, non eſt exiſtimandum fructus etiam naturales qui ex bonis generaliter obligatis percepti ſunt, tacitè obligatos eſſe, neque ad hunc vt puto caſum pertinet quod ſcriptum eſt in *d. l. 3. C. in quib. cauſ. pign.* quia quoties aliquid pignori datum legimus, ita intelligere debemus vt idipſum vel traditum ſit vel ſpecialiter obligatum *l. ſi quis non obligatum 6. D. qui ſine manum. ad libert. peruen. l. in fraudem* 27. §. 1. iunct. *l. generaliter* 29. *in princip. D. qui & à quib. manum.* Adeò vt nec ſola generalis obligatio ſufficiat ad dandum creditori ius retentionis prætextu debiti non ſoluti, ſed ſpecialis conuentio pignoris in eam rem requiratur, quod omnium apertiſſimè ac elegantiſſimè probat reſcriptum Imperatorum *in l. ſi non inducta* 5. in illis verbis *nec hæc ſpecialiter obligata monſtretur à contrar. ſenſ. C. in quib. cauſ. pign.* Iunct. *l. 1. in princip. D. de pignor.* Sicque intelligendum illud quoque eſt quod dici ſoler, etiam ob chirographariam pecuniam pignus retineri poſſe, *l. vnic. C. ill. tit. etiam ob chirogr. pecun.* Scilicet de pignore quod vel traditũ, ſit, vel ſpecialiter obligatum, non de illo quod tãtùm generaliter. Sola enim ſpecialis conuentio vim illam habere poteſt vt æquipolleat traditioni, quæ alioqui neceſſaria videretur ad inducendum ius retentionis. Quomodo enim fieri poteſt vt iure quis retineat eam rem cuius poſſeſſio numquam fuerit ei tradita nec verè, nec per æquipollens? Ergo ſi generaliter tantùm obligata ſint bona debitoris, non poterit locus eſſe quæſtioni, an fructibus bonorum venditis precium eorum ſit obligatum, cùm neque fructus ipſi eo caſu ſint obligati, multò magis dicendum eſt. ſi fructus illi non niſi tacitè obligati ſint, quod euenit in fructibus prædij ruſtici locati, nulla de iis obligandis expreſſim facta conuentione & ij venditi fuerint quãuis inſcio locatore, qui caſus eſt quem nos poſti Menochium nũc tractamus, nullomodo eſſe obligatum precium quod ex fructuum venditione redactũ fuit, cùm nec ſi ex fructibus ipſis, non ex ipſorum venditione redactũ eſſet, quaſi naturalis quidã fructus, idcirco tamen obligatum videri poſſet: Niſi poneres obligata generaliter creditori bona etiam futura non tantùm præſentia, quam in rem etiam neceſſaria olim erat conuentio ſpecialis, id eſt quę bonorum futurorum ſpecialem faceret mentionem *l. & quæ nondum* 15. *§. quod dicitur D. de pignor. l. ſi qui mihi* 28. *D. de iur. fiſc.* ante Iuſtiniani conſtitutionem *in l. vlt. C. quæ res pignor. oblig. poſſ.* Sed & cùm prædio pignori dato nominatim conuenit vt fructus quoque pignori eſſent, placet tamen diſtracto prædio & conſumptis à bonæ fidei emptore fructibus nullam eo nomine actionẽ cõpetere creditori, ne vtilem quidem Seruianam, quia fructus illi nunquam fuerunt obligati, cùm numquam fuerint debitoris vt eleganter Papin. tractat *in d. l. 1. §. cùm prædium D. de pignor.* Quantò magis dicendum eſt in quæſtione propoſita non poſſe hypothecariam exerceri, ne quidem vtilem de fructuum obligatorum precio, quod ipſum nunquam fuit obligatum, cùm neque fuerit in dominio debitoris eo tempore quo conueniebat de pignore, neque ſimul cum ipſo prędio quod tunc debitoris erat, potuerit obligari? *d. l. putaui.* 11.

§. si de futura re D. qui potior. in pignor. hab. Quòd si precium pignoris non est obligatum, qua fronte obsecro possumus dicere, rem quoq; aliam ex eo precio comparatam esse obligatam? An nõ multò id difficilius est, quàm vt precium quod ex rei obligatę venditione redactum est, obligatum existimetur?

ERROR DECIMVS.

De actione in subsidium quam dant interpretes in specie l. 1. in fin. D. de distract. pignor.

NEQVE verò aliter responsum fuit ab Alexãdro quem pro sententiæ suæ confirmatione adfert Menochius. Id enim tantùm scribit *dicta cons.* 108. *num.* 9. & 10. *libr.* 5. In hypothecaria preciũ succedere loco rei vt possit etiam precij possessor conueniri, sed non nisi in subsidium, & rursus ita demum si precium illud ad eum peruenerit ex causa lucratiua non etiam si ex onerosa, ex distinctione Bartoli ad *d. l. 1. D. de distr. pign. arg. l. is qui à debitore 9. D. quæ in fraud. credit.* At de re empta ex precio, neque Alexander, neque Bartolus supradictis locis loquuntur, adeóque nec locum iuris vllum proferunt quo suam opinionem probent, sed mouentur tantùm ex authoritate Accursij nostri *ad d. l. 1. in fin. D. de distr. pignor.* vbi tamen nihil aliud dicit nisi quòd tractans de specie quæ in ea lege ex Papiniano proponitur, ait primum eundémque tertiũ creditorem qui acceptis specialiter pro primo credito pignoribus, & pro tertio generaliter omnibus bonis debitoris, quæ alij secundo creditori antea fuerant æquè generaliter obligata, vẽdidit rẽ aliquã ex generaliter obligatis ante dimissum secundũ creditorẽ, nullo quidem iure id feciſſe, quia dimittẽdus erat ante omnia prior creditor; sed non ideò tamẽ posse illum conueniri aut personali actione siue directa, siue vtili, aut actione furti, aut ad exhibendũ, ob eas rationes quas Papinianus adfert, nisi, inquit, in subsidium ad precium si in pignora ipsa non possit agere, fortè ob longi tẽporis præscriptionẽ, quæ possessores tueatur. Sed qua actione putet Accursius creditorẽ hunc eundémq; vẽditorem posse cõueniri de precio, nõ aperit, an scilicet personali aliqua, an hypothecaria. Facile tamen est videre non de hypothecaria siue directa, siue vtili sentire Accursium, sed de personali, cùm in exemplum & argumentum adferat, quod scriptum est *in l. 1. C. de reb. alien. non alienand.* Si quis ignoranti seruum alienum vendiderit, & is seruus posteà factus sit emptoris per vsucapionem, cogendum esse venditorem vt precium quod accepit, veteri domino restituat. Nec enim quisquam putauerit actione hypothecaria preciũ illud restitui debere, cùm seruus ipse numquã domino suo fuisset obligatus; sed ita intelligi debet vt hoc casu negotiorũ gestorũ actio dãda sit, secundũ Africani sententiam quæ extat *in l. vlt. D. de negot. gest.* iunct. *l. ab vno 19. C. eod. tit.* aut saltem cõdictio, vt *in l. si eum seruũ 23. D. de reb. credit.* Ergo nec in proposita specie putauit Accursius hypothecariæ locum esse posse. At neque actioni negotiorum gestorum locus esse potest, cùm hic creditor propriam causam errore ductus nõ alienã persecutus videatur vt Papin. ait, vt & in specie de qua Marcianus ex eodẽ Papiniano *in l. creditor 12. alias l. si prior. §. secundũ D. qui potior. in pignor. hab.* Eámque Accursij nostri mentẽ fuisse, vt de personali tantùm, non etiam de hypothecaria in subsidium pro precio dãda senserit, constat

constat etiã ex illo apertiùs,quòd in alia specie,quam idẽ Marcianus post Papinianũ tractat *in d.l.si prior,alias d.l.creditor §.Papinianus*,id est,quando prior creditor nouatione facta, postea eadẽ pignora cũ aliis accepit,& secundo nõ offerente pecuniam,ea vendidit,sicuti certissimum est, creditorem priorem primam tantùm pecuniam expensam ferre posse,non etiam quã posteà credidit,& ideò quod superfluum ex anteriore credito accepit,hoc secũdo restituere illum debere,ita neque dubitat Accursius,quin personalis actio illa sit nõ hypothecaria.De illo.n.tantùm quærit an ea actio sit condictio ex illa lege,vt in specie *l.vlt.§.sin verò creditores.vers.licentia.C.de iur.delib.* an officium iudicis,an actio in factũ:quæ omnia genera sunt personalis nõ hypothecarię actionis.Magisq;probare videtur vt actio in factum competat,sic.n.ille ipse licèt dubitanter *ad d.l.si prior aliàs d.§.Papinianus*. De quo tamen dicendum nobis erit latiùs *cap.seq.* nũc sufficiat obseruasse non magis ex Accursij sententia quàm ex Papiniani verbis probari posse,quod vulgò creditur in hypothecaria preciũ succedere loco rei. Cùm eo quoq; casu quo putauit Accursius posse creditorẽ qui pignus nullo iure vendidit pro precio conueniri in subsidium,non de alia tamẽ quàm de personali actione cõtra eũ danda senserit. Et apertiùs ad eũdẽ locũ Bartolus scribit,nulla actione,neq; negatiua,vt ipse loquitur,neque datiua,id est quæ ex æquitate accommodanda sit teneri creditorem hunc,qui precium habet pignoris venditi,nisi in eo quod quantitatem debitam excedit, quòd pro ea tantùm parte videatur preciũ ad eũ peruenisse ex causa lucratiua,non etiã p qua parte is creditor verè fuit. Et rursũ idẽ Bart. apertè fatetur magis se probare vt actio quæ dãda sit de superfluo precij cõtra creditorẽ sit cõdictio ex lege,quę ipsa vtiq;personalis actio est,nõ hypothecaria. Deniq; & in specie illa in qua refert Bartolus se ex supradicta Accursij sentẽtia & cõsuluisse & obtinuisse nõ quęrebatur an alia actio quàm personalis dãda esset cõtra mariti fratrẽ qui omes à marito pro dote obligatas & in hereditate relictas nullo iure vẽdiderat, precijmq; ipsarũ sine causa retinuerat.Ex hoc igitur apparet tantò manifestiùs Preciũ in hypothecaria nũquam succedere loco rei,quod & idẽ Bartolus concludit ad *d.l.is qui à debitore in fin.ex d.l.1.D.de distract.pignor*. Nam si succederet,non tantùm personalis actio danda esset,verùm etiam hypothecaria contra quemlibet precij possessorem,nec tantùm in subsidium,sed etiam principaliter & rectà. cùm fieri nequeat vt nõ competat directa hypothecaria contra omnem rei obligatæ possessorem,licèt aliquando exerceri prohibeatur nisi facta priùs excussione personæ ac bonorũ debitoris,vt *in Auth hoc si debitor C.de pignor. & Auth præsente C.de fideiuss.* Sed quamuis illud etiam Menochio indulgeremus, vt precium rei obligatæ posset peti per hypothecariam , non tamen esset consequens idem admitti oportere in re empta ex illo precio, nec enim quemadmodũ in plerisque causis euenit,vt precium succedat loco rei,sic è contrario possis dicere rẽ ex precio emptã succedere in locum precij quod ne quidem in vniuersalibus iudiciis admissum est *l. sed & etsi lege 25.§.1.vbi etiã Bart.D. de petit. hered.*Nam precium quidem licèt ex negotiatione magis quàm ex re ipsa,tamen propter rem percipitur. At res quæ ex precio emitur ,neque ex eius precij pecunia,neque ob pecuniã illã acquiritur , cùm pecunia sit ex earũ rerum genere quæ recipiunt functionẽ.Proinde nulla ratio est cur per hypothecariã,siue directã,siue vtilẽ peti possit ea pecunia, quæ numquã fuit obligata.Cui consequens est vt neque pro ea re Saluianũ siue directum,siue vtile

dari possit, cùm numquam detur nisi de re quæ per expressam conuentionem fuerit obligata, vt in superioribus ostendimus ex §. *interdictum quoque Inst. de interdict.* Et hac vna ratione moueri debuit Menochius, vt in proposita quæstione Saluianum denegaret locatori prędij rustici in rem emptã ex fructib. à colono perceptis, nõ illa, quã adfert, quòd eam rem colonus nũquã possederit. Nam si sic intellexit, quomodo intelligere sanè debuit vt initæ cõductionis tempore nõ possederit cõductor rem istam emptam ex fructibus, verum quidem illud est, sed non idcircò bona erit ratio, cùm ad inducendũ Saluianum quod de adipiscenda possessione datur, necesse non sit possessam fuisse rem à conductore eo tempore quo conuenit de pignore, sed sufficiat possideri eo tempore quo interdictum proponitur: si verò sic intellexit vt nullo vnquam tempore absolutè conductor iste possederit rem emptam ex fructuum precio, non possum videre quo sensu verè id dictum esse possit, cùm ex eo saltem die quo res hæc & empta fuit à colono, & ei tradita, fatendum sit possessam illam quoque ab eo fuisse.

ANTONII FABRI I.Ç SEBVSIANI, SENATORIS SABAVDIENSIS, ET IN GEBENNENSIS DVCATVS AVDITORIO PRAESIDIS

DE ERROR. PRAGMAT. ET INTERPR. IVR. DECAS LXII.

ERROR PRIMVS.

De sententia, & conciliatione l. creditor 12 §. Papinianus aliàs l. si prior D. qui potior. in pignor. hab. & l. 11. de distract. pignor.

SOLENT interpretes nostri Papiniano Papinianũ obiicere quasi pugnantia scripserit aut senserit in ea specie quæ proponitur *in l. creditor 12. §. Papinianus* aliàs *l. si prior D. qui potior. in pignor. hab. & in l. 1. D. de distract. pignor.* species elegans est & digna de qua separatim dicamus, vel ob hoc ipsum, vt quæ proxima Decade scripsimus, melius intelligantur. Titius mutua centũ à Sempronio acceperat, eique fundũ Cornelianum eo nomine pignori dederat, subinde quinquaginta mutuatus a Męuio, datóque ei in pignus eodem fundo, rursus alia centum mutua petierat & acceperat ab eodem Sempronio, factáque nouatione vt tanquam vnius totiúsq; summæ ducentorũ aureorum debitor constitueretur, eundem fundum Cornelianum dederat ei pignori, cum aliis bonis, cessante Sempronio in solutione

solutione quærebatur vter potior esset in pignore Titiúsve an Mæuius, & vtri potiùs distrahendi pignoris ius dandum esset. Videbatur enim Titius etiam pro ijs centum quæ prior credidisset, posterior esse Sempronio propter nouationem quæ prioris debiti causam peremisset, ac in posterius transfudisset *l.1.ff. de nouat.* cum nouatione facta liberentur pignora & hypothecæ *l.nouatione* 18. *eod.* Refert tamen Marcianus *in d. §. Papinianus* aliàs *dict. l. si prior.* Papinianum aliter respondisse superioris temporis ordinem manere primo creditori tanquam in locum suum succedenti, quæ Papiniani sententia extat *in l.creditor* 3. *in princip.eod.tit.qui potior.in pignor.hab.* vt proinde per huiusmodi nouationem obligatio quidem mutetur, sed superioris temporis ordo non mutetur, quomodo benè Cuiacius noster locum illum interpretatur *libr.* 11.*obser.cap.*32. confutata Græcorum interpretatione ad *d.§.Papinianus*, quem illi sic intelligunt vt primus creditor posteriore tantùm conuentione non etiam priore acceperit eadem pignora quæ secundus acceperat, quod si ita esset non tam potior ille quàm solus inueniretur in pignoribus quæ pro primo credito accepisset, nec de ordine ac iure priorum pignorum disputandum inter eos esset, si non eadem pignora secundo creditori data essent quæ priori. Ponendum itaque est quod apertiùs expressit Papinianus *in d.l.creditor*, Secundum creditorem secunda conuentione eadem pignora accepisse quæ prior acceperat, eadémque pignora cum alijs data fuisse eidem primo creditori, cùm nouam pecuniam post secundum crederet, priorémque obligationem nouaret. In qua specie sola nouatio facere videbatur vt posterior etiam pro primo credito videri deberet is qui reuera fuerat prior, nisi fortior illa pro eo vrgeret ratio, quòd eadem accipiendo pignora satis declarasset velle se in locum suum succedere, priorísque temporis ordinem retinere, cùm etiamsi alij creditori anteriori data essent eadem pignora in cuius locum vellet hic succedere qui tertio loco pecuniam credit, vtique id assequi posset eadem pignora accipiendo *l. Aristo* 3. *D. quæ res pignor. oblig. poss.* Quidni ergo longè facilius in suum ipsius locum succedet? Hoc verò admisso illud etiam omnino consequens est, vt prioris temporis ordinem retineat. Vnde noua rursum emergit dubitatio; An igitur pro priore & potiore creditore habendus sit non minùs pro pecunia quæ tertio loco quàm pro ea quæ primùm ab eo credita est, cùm enim vtraque summa in eandem obligationem deducta sit per nouationem, difficile est vt separationem inducamus, quod ad ea saltem pignora pertinet, quæ in vtramque causam data sunt, ne alioqui eueniat contra brocardicum nostrorum vt vna eadémque res diuerso iure censeatur. At ex alia parte mouet, quòd ratio nulla est vt primus hic creditor qui pro pecunia tertio loco credita non nisi tertius creditor est, præferatur pro ea quantitate secundo creditori, qui per expressam pignoris conuentionem sibi diligenter prospexerit: Cúrque non debeat secundus creditor vincere communi iure illo quo solet potior esse qui prior est tempore. Alioqui erit in potestate debitoris mutuam pecuniam accipiendo & adiiciendo nouum creditorem facere deteriorem condicionem antiquioris creditoris, quod etsi in chirographario creditore, neque nouum neque absurdum est *l.1.§.ex contrario D. de separat.* in pignoratitio tamen non obtinet *l.si fundum* 4. *l.licet* 7. *& pass. Co.qui potior.in pignor.hab. l.debiterem* 15. *Co.de pignor.* Etsi autem ad posteriorem hanc dubitationem nihil respondet Papinianus *in d.l.3. D.qui potior.in pignor.hab.* Marcianus tamen *in d.§.Papinianus*,

eam Papiniani sententiam latiùs exponit, siue referentis, siue interpretantis vice fungatur, vt si secundus creditor non offerat pecuniam primo loco creditam possit prior pignora vendere, sed ita tamen vt primam tantùm pecuniam expensam ferat, non etiam quam post secundum credidit, & quod superfluum ex anteriore credito acceperit hoc secundo restituat. In hoc vno mancus videtur Marcianus, quod non explicat quænam actio illa sit per quam secundus creditor priorem vrgere possit ad superflui restitutionem. Hinc porrò magna inter iuris interpretes hæsitandi causa, quam actionem competere in hanc rem Papinianus putauerit, Augetur dubitatio ex eo, quod in eadem vt videtur, aut saltem non valdè dispari specie, nullam actionem dari posse ait Papinianus *in l. 1. D. de distract. pignor.* Tractat eo loco de creditore qui certa prædia debitoris pignori specialiter acceperat, & post alium creditorem cui generaliter idem debitor bona sua omnia obligauerat, ipse quoque simile pactum bonorum, id est, de bonis omnibus debitoris generaliter obligandis interposuerat, siue ob alium nouum contractum, siue ob eundem illum ex cuius causa prior erat tempore. Ponit autem creditorem hunc qui & speciali & generali conuentione pignoris sibi prospexerat, posteà vendidisse bona cætera, id est quæ generaliter non quæ specialiter habuit obligata, & quidem ante secundum creditorem dimissum, non ponit vendita per eum fuisse prædia quæ non solùm specialiter sed etiam priore loco fuerant ei obligata. Neque enim is casus vllam haberet dubitationem: an quia quod ad ea prædia non tam potior ille quàm solus inueniretur? vt *in l. 2. D. qui potior. in p. gnor. hab.* Minimè. Diximus enim obligata fuisse secundo creditori generaliter bona debitoris omnia, ac proinde illa ipsa quoque prædia quæ priori creditori iam data pignori fuerant, cùm non eo minùs manserint in bonis & dominio debitoris *l. rescriptum 12. in princip. D. de distract. pignor.* Inde namque est quod secundus creditor habet ius offerendi priori ad pignus suum confirmandum *l. secundus creditor 22. Codic. de pignor. & hypothec.* quod ius non haberet si pignorum iam antè alij datorum nulla prorsus in posteriore conuentione ratio haberetur. Non ergo solus est, sed potior in primo pignore, hic, qui prior credidit, Ideò autem dubitari non potest quin potior sit, quod non ponimus factam hîc vllam nouationem, in eóque differt hæc species ab illa, de qua *in d. l. 3.* vbi tota ratio dubitandi, vt monuimus, non aliunde pendebat quàm ex nouatione. In proposito autem nec de illo dubitat Papinianus, quin prior creditor nullum ius habuerit vendendi pignora quæ secundus creditor priore loco acceperat, quia cùm in ijs pignoribus sit posterior tempore, tum quoque cùm ea accepit ob eundem contractum cuius nomine prior fuit, quando non quis prior contraxerit quærendum est, sed quis prior pignus acceperit aut saltem de pignore conuenerit, certum est non potuisse illum iure suo vendere pignora secundo creditori priùs data, nisi post dimissum secundum creditorem. Cui consequens sit, vt si de illo tantùm quæratur, an pignorum possessores siue ijdem emptores, siue alij sint, conueniri per hypothecariam à secundo creditore possint, nullam quoque res hęc habeat dubitationem: Tunc enim emptores pignorum securi sunt, vt de proprietate vinci non possint cùm ab eo creditore emerunt qui habuit ius vendendi, hoc est qui potior fuit in iure persequendi pignoris & distrahendi *l. qui à creditore 18. Cod. de distract. pignor. l. 2. C. si antiq. credit. pign. vendid.*

ERROR

ERROR SECVNDVS.

De creditore posteriore qui pignus alij ante obligatum nullo iure vendidit.

EST in hoc rursum differt hæc species quam nunc tractamus ab illa, de qua *in d.l.3.& in d.l.12.§.Papinianus.D.qui potior.in pign. hab* Nam cùm eadem pignora primo & secundo creditori data sunt, potest ea primus creditor iure suo vendere si pecuniam neque debitor neque secundus creditor offerat, atque ita nullus dubitandi locus relinquitur an possit à secundo creditore posteà inquietari emptor, quem certum est non posse *d.l.2.& 3.Co.si antiq.credit.pign.vend. d.l.qui à creditore 18.C.de distract.pignor.* Soláque potest illa quæstio supersse, An primus creditor qui ex venditione sui pignoris plus accepit, quàm ei deberetur, aliqua actione teneatur eo nomine creditori posteriori, & qua actione. At cùm primus creditor ea pignora vendidit quæ secundo creditori fuerant priùs obligata vt in specie *d.l.1.D.de distract.pignor.* Sicuti certum est secundo creditori saluam esse hypothecariam contra emptorem cui primus creditor nullo iure vẽdidit tanquã qui in ijs pignoribus tertius possessor fuerit non primus, ita dubitatio tantò maior relinquitur, an primus ille creditor qui precium accepit pignorum in quibus potior secũdus fuit, aliqua ei actione teneatur ad totius precij restitutionẽ. Etenim si tùm quoque cùm primus creditor iure vendidit, placet tamen posse illum conueniri, vt quod superfluum ex anteriore credito accepit, hoc secundo restituat, consequens videtur vt multò magis teneri debeat is qui nullo iure vendidit, cùm prorsus indebitum dici possit, quicquid ab eo perceptum est ex venditione pignor. cuius vendendi nullum ius habuit *l.1.Cod.de reb.al en.non alienand.l.si eum seruum 23.D.de reb.credit.* Ne alioqui eueniat quod absurdum sanè videatur, vt meliore condicione sit, qui pignus nullo iure, quàm qui suo iure distraxit. Et tamen negat Papinianus *in d.l.1.de distract.pignor.* ob eam rem dari vllam debere actionem in personam contra eum secundo creditori qui pignora sua requirit. Ait enim nullam competere nec vtilem dandam esse: quibus verbis, vt Bartolus quoque bene vidit, omnis actio excluditur, quam in proposito casu ex æquitate fortassis dare quis vellet, vt solent plerumque actiones dari ex æquitate, licèt ratio iuris deficiat quæ ideò vtiles appellantur, quòd dentur ob vtilitatem publicam, ex qua ciuilis legislator suam semper æstimat æquitatem. Addit Papinianus, nec furti posse hunc priorem creditorem rectè conueniri *rerum mobilium gratia*, id est si de rebus mobilibus oppigneratis tractetur, cùm immobilium fieri furtum non possit. Subiungítque rationem, *quia propriam causam, ordinis errore ductus, persecutus videtur.* Quæ ratio generalis meo iudicio est, nec tantùm ad furti actionem, sed etiam ad quamlibet aliam personalem denegandam accommodata. Sensus enim est, priorem hunc creditorem cùm pignora secundo creditori priùs obligata nullo iure vendidit non tam alienũ quàm suum negotium & gessisse & gerere voluisse cùm se priorem putaret ac potiorem in iure pignorum, vel ob hoc solùm quòd prior contraxerat, tametsi conuentionem pignoris ob illa pignora posterior interposuisset, in quo versatur ordinis error, cùm non semper causam obligationis causa pignoris sequatur,

sed ita demum si vel eodem tempore vtraque obligatio contracta sit, vel conuentionis verba sint eiusmodi vt in dubio eam interpretationem admittant, quemadmodum in specie *l. insulam 13. D. qui potior. in pignor. hab.* Est verò hic error satis probabilis, si ponas generalem istam conuentionem de bonis omnibus debitoris obligandis interpositam fuisse à primo creditore ob eundem ipsum contractum pro quo primus erat creditor, & ex cuius causa idem ille certa prædia pignori acceperat, de quibus dubitari non poterat quin ea vendendi ius haberet. Nam si ponas interpositam fuisse conuentionem illam generalem ob alium contractum qui secundi creditoris conuentionem secutus sit, difficilius est vt ordinis errore ac non potiùs dolo malo ductus videatur creditor, qui sciens se & in contractu, & in pignore posteriorem esse, vendidit tamen pignora, quæ sciuit alij creditori & anteriori, & priùs data. Papiniani tamen sententia est, adhuc in hoc casu idem dicendum esse, nihilque penitus referre an primus creditor secundam conuentionem generalem post secundum creditorem interposuerit ob alium nouum contractum, an ob eundem. Vtroque enim casu potuit primus creditor ductus errore, quamuis non æquè probabili, existimare ius sibi esse distrahendorum pignorum de quibus conuenisset, eorúmque confundendorum, quomodo fideiussor de quo idem Papin. *in l. fideiussor 32. D. de neg. gest.* putabat in illa specie suę indemnitati confusis prædiis consuli posse: Præsertim cùm dici soleat, Creditoris arbitrio permitti ex pignoribus sibi obligatis, quibus velit distractis ad commodum suum peruenire *l. creditoris 8. eod.* adeóque etiam ob chirographariam pecuniam pignus retineri posse *tit. C. etiam ob chirogr. pecun.* Neque verò videtur dolo facere qui in iure errat *d. l. fideiussor. l. sed etsi lege 25. §. scire D. de hæred. petit.* vbi exemplum adfertur de illo qui cùm sciret alium agnatum præcedere sibi tamen defuncti agnati hereditatem delatam esse putabat, quam ex lege 12. tabul. proximo agnato deferri omnes sciunt. An non autem probabilior est error creditoris, qui quòd in vno contractu prior sit, licèt quod ad alium, se posteriorem non ignoret, putat tamen se in vtroque esse potiorem?

ERROR TERTIVS.

De creditore anteriore pignus vendente pro debito posteriore.

QVARE nec puto distinguendum, an primus hic creditor bona sibi generaliter tantùm obligata vendiderit pro priore credito an pro posteriore: Non ob id solùm quod Papinianus non distinguat, sed etiam quia tametsi multò probabilior videatur error eius qui pignus in quo posterior est persequitur pro anteriore debito consequendo, quàm illius qui pro posteriore, multóque crassior iuris imperitia, nihil tamen nisi iuris error est quem dolo imputare probabiliter nemo possit: nec eo minùs verum est creditorem & errandi causam habuisse ex eo quod pro primo cōtractu prior fuerit, & suum non alienum negotium gessisse, cùm pignora etiam nullo iure vendidit vt consequeretur quod sibi debitum, siue priore, siue posteriore loco erat; Quamuis ponamus sciuisse illum secundi ius creditoris, eiusdémque hac-

quę hac parte anterioris. Hoc ſiquidem neceſſariò ponendum etiam eſt, vt ordinis error aliquis obtẽdi poſſit. Quomodo enim ordinis errore labi poſſet is, qui ſe creditorem ſolum, aut pignoratitium ſolum putaret? Cùm ergo ſuum magis quàm alienum negotium geſſerit, nemo dixerit poſſe illum teneri actione negotiorum geſtorum, qua tenentur qui aliena negotia ſic gerunt vt ſe gerere non ignorent, licèt in gerendo labantur imperitia & aliquo errore vt in *d.l. fideiuſſor* 32. *& paſſ. D. de negot. geſt.* Eadémque ratio facit vt neque pignoratitia actione teneatur, qua ſolent teneri creditores qui per cauſam & occaſionem pignoris plus perceperunt quàm eis deberetur *l. penult. D. de pignorat. action.* ſiue dicas non aliam fuiſſe rationem inducendæ hoc caſu pignoratitiæ actionis, quàm quòd in pignore creditor quodammodo procurator debitoris eſſe videatur in eo nimirum quod crediti modũ & quantitatem excedit *l. ſi pignori* 29. *in fin. D. famil. erciſc.* quod tamẽ non ſatis verè dicitur cùm in venditione, quæ fit ex pacto (ſic enim legendum eſt in *dict. l. penult.*) ſuum creditor negotium gerat, non alienum, quæ res mandati actionẽ excludit, ſiue potiùs quod ſoluto debito quicquid ſuperfluũ eſt reperiatur penes creditorẽ ſine cauſa, & tamẽ per occaſionẽ dati pignoris *l. vlt. C. de luit. pignor. l. vlt. C. ſi vendit. pignor. agat.* Nõ enim fuit in hac ſpecie primus creditor procurator ſui debitoris, multóque minùs ſecundi creditoris quia ſuum dũtaxat proprium non alienum negotium geſſit, neque ex pignorum etiam quę non iure diſtraxit, venditione plus percepit quàm ei debebatur. Denique vẽdendo pignora quamuis nullo iure, ius tamen ſuum nec aliud præterea quicquam vendidiſſe intelligitur, vt & in ſpecie *d.l. fideiuſſor verſ. creditor*, vbi cùm ſimiliter quæreretur an iudicio quod de pignore dato redditur, id eſt pignoratitia actione conueniri poſſet creditor nõ ſolùm à debitore ſed etiã à fideiuſſore, eodémq; creditore debitoris, cùm ab eo fideiuſſore percepiſſet plus quàm ei deberet fideiuſſor, non tamen plus quàm deberet is qui dederat fideiuſſorem, negat Papinianus conueniri poſſe, *cùm ius ſuum*, inquit, *vendidiſſe videatur*: quod ipſum nihil ſanè aliud eſt quàm quod aliis verbis idem Papin. ſcribit *in d.l. pen. D. de pignorat. act. & in d. l. 1. de diſtract. quia propriam cauſam perſecutus videtur.* Vnde apparet nec de alia actione quàm de pignoratitia intelligi poſſe, quod ſcriptũ eſt *in d.l. 1.* de perſonali actione tã directa quàm vtili contra creditorem deneganda, qui pignora ſecundo creditori prius obligata nullo iure diſtraxit. Certum quippe erat actionem negotiorum geſtorũ non poſſe competere in illa ſpecie, in qua creditor primus vendendo communia pignora nõ poterat ſecundi creditoris rem ita gerere, quin etiam gereret ſuam, niſi fortè debitum ſuum aut ſaltem ius pignoris in totum remittere voluiſſet *l. ſi communes* 40. *in fin. de negot. geſt. l. ſi quis putans* 6. *§. ſine autem verſ. cæterùm D. commun. diuid.* Subiicit Papin. *in d.l. 1. præſertim cùm alter creditor furto poſſeſſionem quæ non fuit apud eum, non amiſerit.* Quæ ratio ſpecialis eſt ad ſolam actionem furti aduerſus creditorem hunc denegandam. Cùm enim furtum nihil aliud ſit quàm interuerſio poſſeſſionis alienæ rei mobilis, conſtat non potuiſſe primum creditorem furtum ſecundo facere vendita re mobili in qua pignus fuerat conſtitutum non per traditionem, ſed per nudam conuentionem. Neque enim poſſeſſio per ſolam conuentionem transferri poteſt, ſed tantùm per traditionem, nec fieri poteſt vt quis furti agat eius rei nomine, cuius neque poſſeſſionem, neque dominium vnquam habuerit *l. ſi gratuitam* 17. *aliàs l. ſi rem §. vlt. D. de præſcr. verb.* Addit poſtremo loco

nec actione ad exhibendum teneri posse creditorem ob factam nullo iure vendi tionem pignorum secundo creditori priùs obligatorum : quia neque possidet, neque dolo fecit vt desineret possidere, quorum alterutrum necessarium est vt ad exhibendum actio locum habere possit. Ideò autem nihil dolo fecit, quia errore potiùs & iuris imperitia lapsus est, error autem iurisque imperitia neque dolus est *d.l. fideiussor & d.l. sed etsi §. scire de petit. hered.* neq; cuiquam nocere solet certanti de damno vitando *l. error facti 8. D. de iur. & fact. ignor.* Damnum porrò incurreret hic creditor quo de agimus, si actione aliqua teneretur ob venditionem nullo iure factam pignorum, cùm ex ea venditione nihil nisi quod sibi verè debitum erat perceperit, eáque perceptione liberauerit debitorẽ, qui vtiq; liberatus nõ esset si qua actione creditor ad restitutionẽ accepti precij, siue in totũ, siue pro parte teneretur *l. quæsitũ 9. D. eod.*

ERROR QVARTVS.

De ratione differentiæ inter species à Papiniano tractatas in d. §. Papinianus & in d.l. 1. & ad l. fideiussor 32. D. de negot. gest.

SEQVITVR, inquit Papinianus, *in d.l. 1. vt secundus creditor possessores interpellare debeat*, Proposita scilicet hypothecaria quæ in rem actio est, nec magis possessoris quàm domini mutatione extinguitur *l. si creditor 28. D. de pignor. act. l. debitorem 15. C. de pignor. d.l. creditor 12. in princip. vers. sed si cum alio D. qui potior. in pign. hab.* Hoc verò dubitationem nullam habet quin hypothecaria conueniri possit quisquis res obligatas possidet nullo iure distractas, neque hac parte videri potest secũ pugnasse Papinianus *in d. §. Papinianus*, in cuius specie cùm venditio pignorum iure facta esset à primo creditore, non poterat vtique salua esse creditori secundo hypothecaria contra emptorem, aliúmve possessorem. Et hoc quoque Accursius noster bene vidit. Sed nõ bene soluit nodum, qui totus in illo est, Cur ergo in specie *d.l. 1.* nulla detur in personam actio secundo creditori cõtra primum, quomodo datur in specie *d. §. Papinianus*. Siquidem hæc ipsa ratio quæ facit vt ij qui bona nullo iure distracta possident conueniri per hypothecariam possint, quia scilicet ea bona nullo iure distracta sunt, etiam facere videtur, vt tantò magis teneri debeat primus creditor qui accepit precium pignorum secundo creditori obligatorum, cui teneretur *etiam si* ea pignora iure vendidisset. Alioquin eueniet quod absurdum esse iam diximus, vt deterioris cõdicionis futurus sit primus creditor qui suo iure pignora vendidit, quàm qui nullo iure. Videtur enim Accursius non aliam causam inuenisse propter quam danda sit actio secundo creditori aduersus primum in specie *d. §. Papinianus*, quàm quòd nulla ei actio contra possessores superesset, cùm iure facta pignorum vẽditio proponeretur. Ideóque nimirum putat idem Accursius, etiam in ea specie quæ à Papiniano tractatur *in d.l. 1.* dandam esse personalem actionem secundo creditori contra primum velut in subsidium si qua fortè causa sit, ob quam interpellari possessores nequeant, puta quòd pignora quæ nullo iure distracta fuerant, vel perierint, vel possessoribus acquisita sint per longi temporis præscriptionem, de qua in *l. 1. & 2. C. si aduers. credit. præscr. oppon.* Quasi verò fieri nequeat vt & actio personalis competat secundo creditori contra primũ, & hypothecaria contra possessorem.

Atqui

Digitized by Google

Atqui vt deneget Papinianus ſecundo creditori actionem perſonalem aduerſus primũ in ſpecie *d. l.* 1. non mouetur ex eo,quòd poſſit idem ſecundus creditor interpellare poſſeſſores,ſed ex aliis rationibus, quibus nõ eo minùs locus eſſet,etiamſi poſſeſſores interpellari non poſſent.Et è cõtrario non dat ille hypothecariã ſecundo creditori cõtra poſſeſſores ob eam rationẽ q̃ non poſſit ei cõſultũ eſſe per actionẽ perſonalẽ aduerſus primũ creditorẽ eũdémque pignorũ venditorẽ,ſed poſt allatas rationes quæ facerẽt ne actio vlla p̃ſonalis hoc caſu cõpetere poſſit, cõcludit:Eſſe igitur cõſequens vt neceſſariò debeat ſecundus creditor interpellare poſſeſſores,tanquã omni alio deſtitutus auxilio.Etſi autẽ cùm dicit debere,præſupponit poſſe, illatio tamẽ illa & collectio qua vtitur Papinianus,non probat poſſe, de quo nec dubitandi cauſa vlla erat,ſed probat debere,de quo ſolo poterat dubitari,cùm in perſonam quoque actio aduerſus primum creditorem aut ipſo iure competere, aut ſaltem ex æquitate danda eſſe videretur.Debuit ergo Accurſius dicere quòd ego reſpondendum exiſtimo,in ſpecie *d. §. Papinianus*,dari actionem ſecundo creditori contra primum ad reſtitutionem ſuperflui quod ex communium pignorum venditione redactum eſt,non quia hypothecariam eo caſu habere non poſſit diſtractis iure ritéq; pignorib. (quid enim obſtaret quominus nec perſonalẽ,nec hypothecariam exercere poſſet;quomodo è cõtrario nihil vetat vtramq;vel ſimul,vel ſeparatim ab eo proponi,ſiue contra eandẽ perſonam,ſiue contra diuerſas? *l. diſtractis* 14. *l. perſecutione* 24. *C. de pignor. l. eſt in arbitrio* 14. *C. de oblig. & act.*)ſed quoniã æquum non eſt lucrari eũ quicquã ex pignore,quod nõ ad eũ finẽ acceperat vt lucraretur,at tantùm vt ſuæ indẽnitati conſuleret,ſatiſq; cautum haberet *l. ſi mandatu* 59. *§. vlt. D. mandat. l.* 4. *§. addici* 8. *D. de fideic. libert. l. filio* 7. *in fin. D. vt legat. vel fideic. ſeruand. cauſ. caueat.* Quicquid ergo ex pignoris vẽditione conſecutus eſt ſuprà quàm ei deberetur,ex ea cauſa pro qua pignus datum fuerat,reddere illum oportet, ſiue debitori ſi alius creditor nullus ſit,ſiue ſecundo creditori qui habuit idem pignus obligatum,& cuius fuit ius confirmatum in eo pignore, ſtatim atque priori creditori quoquomodo ſatisfactum eſſe cœpit. Parúmque refert, quod ad hanc rem pertinet,an prior ille creditor pignus cõmune iure diſtraxerit,an nõ iure. Non.n.poteſt maior eſſe fauor creditoris,qui iure diſtraxit,in eo quod excedit ſummã quæ fuit ei debita,ex eo contractu,cùm pro ſuperfluo illo ne quidem ſit creditor,tantùm abeſt vt ſit anterior & ob eam causã, fauore aliquo dignus.Cõtrà verò etiamſi nõ iure diſtraxerit,dũmodò tamẽ nõ dolo malo, ſed per errorem potiùs,& imperitiã id fecerit,fauore dignior eſt quàm odio, quatenus & quandiu verus creditor manet,vt nimirũ nulla actione teneri debeat ſecũdo creditori nõ magis quàm debitori ipſi ob vẽditionẽ illã nõ iure factã,dũ ne quid ſupra debiti ſui quantitatẽ,legitimáſq;acceſſiones exegerit. Quæ ſpecies eſt à Papiniano tractata in *d. l. 1. de diſtract. pignor.* in eo potiſſimũ diſſimilis ab illa de qua *in d. §. Papinianus*, vbi tenetur primus creditor ſecũdo creditori,nõ q̃a pignus vẽdiderat,præſertim cùm iure vẽdidiſſet,at quia plus ex vẽditione redegerat q̃ ex eo cõtractu ob quẽ vẽdiderat,ſibi debebatur.Porrò quod ille pignoratitio iudicio teneretur reſtituere debitori ſi aliud debitũ nullũ eſſet,quidni etiã præſtare cogẽdus ſit eâdẽ actione ſecũdo creditori,vt hoc ſaltẽ ex ſua cõuẽtione pignoris poſt dimiſſũ anteriorẽ cõſequatur,quod ſine anterioris & ſine debitoris diſpẽdio futurũ ſit? *arg. l. in creditore* 38. *in fi. D. de euict.* Pignoratitiã.n.actionẽ dubitãdũ nõ eſt, cõpetere aduerſus creditorẽ de

Digitized by Google

ſuperfluo non tantùm debitori, licèt pro eo præcipuè comparata ſit, ſed etiã creditori cuilibet habenti cauſam à debitore, ac cuius interſit, vt omnium elegantiſſimè probat aliud reſponſum illud Papiniani *in d.l. fideiuſſor verſ. creditor De negot. geſt.* qui locus ſicuti de pignoratitio iudicio apertè loquitur, vt oſtendit coniunctio, *d.l. penult. D. de pignor. act.* quæ eſt ex eodem libro reſponſorum Papiniani, ita nec poteſt intelligi aliter, quàm vt creditor in ea ſpecie fideiuſſori debitoris non poſſit teneri pignoratitia actione, non autem ſic, vt actione illa non teneatur debitori. Quonam enim colore potuiſſet debitor pignoratitiam exercere aduerſus creditorem, qui neque ex pignore, neque per occaſionem pignoris plus conſecutus eſſet quàm debitor ei debuiſſet? At fideiuſſor non abs re actionem illam proponere poſſe videbatur, quòd re vera ſoluiſſet plus quàm debuiſſet ipſe, ſuſceptis nimirum pignorib. alterius quoque contractus, qui perſonam eius non contingebat: Darétque illi haud dubiè pignoratitiam actionem ea ratio, ſi non fortior illa faceret pro creditore, quod accipiendo à fideiuſſore pecuniam quam fideiuſſor nõ debebat, ius ſuum ei vendidiſſe videatur, quod habebat ex cauſa alterius contractus fideiuſſorẽ hunc non contingentis, potiùs quàm contractum cui fideiuſſor acceſſerat, exequi voluiſſe, cur verò daretur in ea ſpecie pignoratitia fideiuſſori? An quia erat ipſe quoque debitor? Minimè: nec enim pignus ille dederat, ſed alius pro quo ſe conſtituerat fideiuſſorem: ſed quia erat ille creditor eiuſdem debitoris, obſolutum ex cauſa fideiuſſionis omne id quod debebatur, eiúſque proinde intererat condemnari ei creditorem ad reſtituendum id quod pro altero contractu fideiuſſorem non contingente accepiſſet, ſi totum quod acceperat creditor, non fuiſſet ei debitum: Nempe quia & pro ſuperflua illa pecunia æquè pignoratitia debitori competiiſſet, nec quicquam intereſt creditoris an à debitore ſuo, an ab alio debitoris ſui creditore conueniatur actione pignoratitia pro reddenda ea quantitate, quam reddere omnino habeat neceſſe. At intereſt creditoris ſecundi, qui non tantùm debitorem ſuum habuit obligatum, ſed etiam pignus quod ab anteriore creditore, ſiue iure, ſiue iniuria diſtractum eſt, vt quod ex precio ſuperfluum eſt penes creditorem qui vendidit, per huiuſmodi actionem conſequatur, quod etiam ceſſante huiuſmodi actione, per aliam ſaltem cõſequi deberet, puta per condictionẽ ſine cauſa vt ſeq. cap. dicemus ex *l. ſi eum ſeruum 23. de reb. credit.*

ERROR QVINTVS.

Quantum interſit an creditor ſuo iure an nullo vendiderit, & cur durior conditio ſit eius qui ſuo iure vendidit quàm eius qui nullo.

VERVM ille adhuc ſcrupulus ſupereſt, quód in ea ſpecie quam Marcianus ex Papiniano tractat *in d. §. Papinianus*, creditor anterior non plus ex venditione pignorum communium exegerat quàm ſibi deberi ſciret, computata nimirum ea ſumma quam poſt ſecundum creditorem & tertio loco crediderat, nec eo minùs tamen vult Papinianus eum teneri ſecundo creditori pro ea ſumma quã exegit ſupra debiti primi quantitatem. Non igitur verum eſſe poteſt, inquies, quod nos diximus, idcircò teneri ea in ſpecie priorem creditorem poſteriori actione pignoratitia quod plus exegerit quàm debebatur. Idque apparet ex eo euidentiùs quòd ſi ſecundus creditor nullus eſſet, nihilomagis haberet pignoratitiam debitor, quia prohibere non poſſet quin

precium

precium pignoris iure vēditi etiam in eam ſummam expenſum ferri deberet quam ipſe poſteà ſub eodem pignore mutuam accepiſſet. Cur ergo dabimus ſecundo creditori pignoratitiam quę debitori ipſi competere dative non poſſet? Præſertim cùm etiam admiſſo eo quod volumus, vt ſecundo quoque creditori qui idem pignus obligatum habuit pignoratitia accommodari poſſit, non alio tamen iure videatur id fieri quàm vt eam creditor habeat ex perſona ſui debitoris, ceſſaréque videatur hoc caſu ratio quam ſuprà attulimus, quòd nihil interſit creditoris, an à debitore ſuo, an ab alio poſteriore creditore pignoratitia conueniatur. An non enim maximè ipſius intereſt vt eo ſaltem caſu non conueniatur, quo nec à debitore ſuo conueniri poſſet? Reſpondendum eſt multùm intereſſe an creditor qui pignus ſibi & alij creditori datum vendidit, plus ex eā venditione conſecutus ſit quàm ei debebatur ſimpliciter & abſolutè, an verò plus quàm deberetur ex ſolo illo contractu ob quē pignus acceperat. Priore caſu omnimodo verum eſt teneri de ſuperfluo creditorem actione pignoratitia, ſiue iure, ſiue iniuria diſtractum pignus proponatur, nec minùs ſecundo creditori quàm debitori, ſecundum ea quę ſuprà diximus. Poſteriore autem caſu diſtinctio neceſſaria eſt, an iure venditum ſit pignus à priore creditore vt *in d. §. Papinianus*, an nullo iure vt *in d. l. 1. de diſtract. pignor.* Si pignus iure venditum ſit nō poteſt creditor anterior idémque venditor expenſam ferre pecuniam, quam poſteriore loco credidit, ſed eam tantùm quam ante ſecundum creditorem, ideóque de ſuperfluo conueniri à ſecundo creditore poteſt per actionem pignoratitiam, etiamſi adhuc verum ſit ei deberi *d. §. Papinianus*, at ſi nullo iure facta vēditio ſit, neq; pignoratitia, neque actio alia vlla cōpetit ſecundo creditori aduerſus primum, ſi modò nō plus exegerit primus quàm ei deberetur? tametſi plus exegerit quā ex priore & potiore contractu debitum eſſet *d. l. 1.* & ratio huius differentię quamquam ſatis obſcura illa eſt, quod pignoris venditio iure facta, ex iure quoque recipit interpretationem, quia nec aliud voluiſſe videtur creditor, qui pignus iure vēdidit, quàm quod iure velle potuit. Porrò iuris interpretatio non patitur vt precium redactum ex venditione pignoris quod non niſi ob anterioris debiti cauſam vendi iure potuit in præiudicium ſecundi creditoris, pro alia quàm pro anteriore ſumma retineatur: cùm pro reliqua ſumma non potuerit iure fieri venditio pignorum quæ ſecundus creditor ſiue prior acceperat vt *in d. l. 1.* ſiue poſterior vt *in d. §. Papinianus*, ante dimiſſum ſecundum creditorem, nec proinde videtur prior creditor cogitaſſe de ſuo negotio gerēdo & acquirēda ſibi pecunia redacta ex precio quatenus excedit debitū pro quo pignus & vēditum fuit, & vēdi iure potuit. Neque quod hoc caſu pignoratitia nulla cōpetat debitori, qui nōdum in plenum liberatus eſt, nocere debet ſecundo creditori, quominus pignoratitiam ipſe habeat, qui ſcilicet quamuis habeat eam ex perſona ſui debitoris qui pignus vtrique creditori dedit, habet tamen eam ſuo iure & ex proprio contractu, id eſt tanquā creditor, & quidē pignoratitius, vt proinde mirum non ſit plus iuris cum habere hac parte, quàm debitorem, quo etiam inuito actionem illam habet. Ac quemadmodum dicimus ſecūdo creditori rem teneri etiā inuito debitore tam in ſuum debitū quàm in primi creditoris, & in vſuras ſuas & quas primo creditori ſoluit *d. l. creditor 12. aliàs l. ſi prior §. ſecundum eſt ff. qui potior. in pignor. hab.* nempe quia ius illud offerendi primo creditori habet ex proprio ſuo cōtractu cuius perfecti vires abſurdum ſit pendēre à voluntate debitoris, ita & fatendum eſt, ſecundum creditorem

qui de pignore conuenit earum rerum nomine, quas primus creditor & pro priore debito,& prior pignori acceperat, si res illæ distractæ sint & ex earum precio prior creditor plus perceperit, quàm ex anterioris illius debiti causa percipere debuisset, pignoratitiam habiturum etiã quam debitor ipse habere non possit,quoniã habet eam suo iure,& ex contractu non debitoris,sed suo, quasi sibi quæsitam ex quo die obligatam habuit rem primo creditori pignoratam;acsi earum rerum hyperocham hypothecæ accepisset vt *in l.& quæ nondum 15.§.vlt.ff.de pignor.l.quærebatur 20.ff.qui potior.in pign.hab.* Nec quæ ratio impedit debitorem ne pignoratitiam de superfluo exercere possit, nempe quoniam adhuc debitor est,eadem potest nocere secundo creditori qui non debitor sed creditor est, nec creditor quilibet, sed anterior in ea quantitate quam prior posteriorem credidit. Alioqui dicendum esset, fore in potestate primi creditoris vt posteà credendo pecuniam,læderet ius secundi creditoris, contra *l.1.l.qui balneum 9. l.potior 11.eod.tit.* Nec magis posset secundus creditor quàm ipse debitor prohibere ne primus,aut retineret pignus,aut distraheret etiam ob chirographariam pecuniam,quod certè absurdum esset *d.l.creditor §.si idem bis eod.tit.qui potior.in pign.hab.* At cùm primus creditor nullo iure fecit venditionem pignorum,puta secundo creditori priusquam sibi obligatorum, & ante dimissum tamen secundum creditorem, non potest venditio, quæ nullo iure facta est,à iure interpretationem recipere:sed ex iuris tantùm ratione sumendum est,& inuestigandum,an pignoratitia,vel alia actione teneri creditor debeat,qui suum recipit,nec aliud quicquam præter id quod sibi debebatur. Placet verò non teneri eum,quia suum proprium non alienum negotium gessit: nec vt iniuriam secundo creditori faceret,vendidit pignora in quibus secundus ille creditor erat potior, sed vt suum consequeretur probabili errore ductus cùm se in vtroque debito potiorem esse existimaret, iusque habere confundendorum primùm pignorum, deinde distrahendorum. Nam si cùm sciret creditorem secundum esse potiorem quod ad pecuniam posteriore loco creditam nihilominùs pignora communia nullo iure distraxisset: Aliud certè probari oporteret,darique secundo creditori aduersus eum non tam pignoratitiam ex nulla venditione pignoris,quàm condictionem sine causa vt *in d. l.si eum seruum 23. de reb.credit.* Nec enim careret dolo qui pignus alienum & in quo sciebat se posteriorem, nullo iure vendidisset, adeóque teneri eum actione de dolo æquum esset, si non eam actionem illud impediret,quòd quoties alia competit,numquam illa danda est *l.1.§.aut prætor ff. de dolo malo.* Si tamen ea venditio nullo licèt iure facta per primum creditorem, denunciata sit secundo, isque tacuerit vt proinde ius sui pignoris tacitè remisisse videatur, securus erit primus creditor, nec tam ei mala fides sua nocebit,quàm proderit scientia & patientia secundi creditoris,qui vtique iuris sui causam & persecutionem potuit deteriorem constituere *l.pactum 46.ff. de pact.l.pen.Co.eod.l.4.§.1.l.si consensit 7.& l.seq.§.si voluntate & pass.ff.quib.mod. pign.vel.l.si eo tempore 6. l.si hypothecas 8.C.de remiss.pignor.l.1.C.de pretor.& Salu.inter.d.*

ERROR SEXTVS.

De actione quam dant interpretes secundo creditori contra primum in specie d.l. creditor 12.§.Papinianus aliàs l.si prior ff.qui potior.in pignor.habeant.

NON

Digitized by Google

NON viderunt interpretes, quod nos ſuprà docuimus, in ea ſpecie, quam Marcianus ex Papiniano tractat *in d.l. creditor* 12. *§. Papinianus*, aliàs *l. ſi prior D. qui potior. in pignor. hab.* actionem quam dedit ille ſecundo creditori contra primum de ſuperfluo precij redacti ex venditione pignoris per primum iure venditi non aliam eſſe poſſe quàm pignoratitiam, quæ licèt non aduerſus alium competere poſſit, quàm aduerſus creditorem, alij tamen competere poteſt quàm debitori, puta ſecundo creditori cuius interſit, quòd habuerit idem pignus obligatum. Itaque ſupponentes pro certo interpretes pignoratitiæ actioni locum in ea ſpecie nullum eſſe poſſe, quærunt de genere & nomine actionis. Et Accurſius quidem tres adfert, Condictionem ex lege, Actionem in factum, & Officium iudicis quod vice actionis eſſe poſſit. Sic enim ille ad *l. 1. D. de diſtr. act. pignor.* ſed ita vt non aperiat quam ex tribus potiùs dandam putet, niſi quod ad *d. §. Papinianus.* magis probare videtur, vt actio in factum ex hac cauſa competat, eius ſiquidem ſolius meminit, adiecto tamen articulo *fortè* vt dubitantem agnoſcas. Bartolus verò ad *d. l. 1.* etſi admittit poſſe defendi tribus illis auxiliis poſſe conſultum eſſe poſteriori creditori aduerſus priorem, concludit tamen magis ſibi placere, vt danda ſit hoc caſu condictio ex lege: mihi videtur nihil horum probabiliter dici poſſe. Nam ſi verum eſt quod ait Paulus *in l. 1. D. de condict. ex leg.* Tunc ex lege agendum eſſe cùm aliqua noua lege obligatio introducta eſt, nec cautum eâdem lege quo actionis genere experiamur: Quis obſecro eſſe poteſt locus condictioni ex lege in hac ſpecie, in qua neque obligatio vlla noua introducta eſt, neque lex vlla lata de qua dubitari poſſit an obligationem nouam induxerit. Etſi enim poſt Iuſtiniani conſtitutiones de conceptione & cõfirmatione Digeſtorum eam vim habent reſponſa prudentum omnia quæ extant in Pandectis, vt legũ authoritate cẽſeãtur. Quis tamẽ ferat eò vſq; id extẽdi, vt cõdictio ex lege vocari poſſit actio vlla quã ſiue Papinianus, ſiue Marcianus, ſiue quis alius ex antiquis prudẽtib. ſcripſerit & reſpõderit dãdã eſſe? Habuerũt iã olim prudẽtũ reſpõſa vim & authoritatẽ iuris *§. reſponſa Inſt. de iur. natur. gent. & ciuil. l. 2. D. de orig. iur.* Sed legũ poteſtatẽ nũquã habuerũt, multò minùs verò dici leges vnquã potuerũt, cùm nec prudẽtes ipſi nomẽ illud accõmodauerint niſi legibus latis per populũ Senatorio magiſtratu interrogãte, ac quibus poſſit cõuenire legis diffinitio à Iuſtiniano tradita *in §. lex eſt ill. tit. D. de iur. natur. gent. & ciuil.* Qualis fuit lex Iulia, lex Cincia, & leges Talariæ de quibus exemplũ ponit Iacob. Cuiac. *in Parat. ad tit. De condict. ex leg. D. & C.* Neq; verò cùm Papinianus aut ex Papiniano Marcianus ſcripſit *in d. §. Papinianus*, priorẽ creditorẽ, qui pignus ſibi priori traditũ, deinde alij poſteriori obligatũ iure vendidit, teneri ſecũdo creditori vt ſuperfluum precij quod ex anteriore credito accepit ei reſtituat, ita ſcripſit vt nouã actionẽ & in eũ vſq; diẽ incognitã, aut vt nouã obligationẽ induceret, quorũ neutrum facere potuiſſet: At potiùs vt ius illud exprimeret, quod iã tùm obtinebat, & de quo perinde alius Iurecõſultus quilibet reſpõdere debuiſſet. Idq; verba etiã ipſa, quibus ſiue Papinianus, ſiue Marcianus in exprimẽda Papiniani ſentẽtia vſus eſt, non obſcurè teſtantur, quibus tantùm abeſt vt actio aliqua, vel obligatio noua inducatur, vt neq; actionis vllius mentio ibi fiat. Nihil enim aliud Marcianus ſcribit, niſi quod ſi prior creditor nouatione facta eadẽ pignora cũ aliis acceperit, ſuccedit in ſuũ ipſi' locũ, adeò vt ſi ſecũdus creditor pecuniã nõ offerat poſſit prior

Pignora vẽdere: Sed ita vt primâ tãtũ pecuniã poſſit acceptã ferre, nõ eã quã poſtea credidit, & quod ſuperfluũ accepit ex anteriore credito, hoc ſecundo reſtituat: Quod vtiq; poſſet nõ incõmodè ſic accipi, vt nulla tamen in eã rem actione ſecundus creditor egeret, cùm poſſet ille ſatis ſibi conſulere intercedendo ne pignus diſtraheretur, niſi ea lege vt ſibi daretur ſuperfluum precij, vel ab emptore ipſo pignoris, vel ſaltem ab anteriore creditore. Quo caſu ſufficeret ei quòd ex ſuo contractu haberet hypothecariam contra emptorem *d.l. creditor verſ. Sed ſi cum alio*: Quaſi non liberato in plenum pignore quandiu legi & condicioni ſub qua venditioni conſenſerat, ſatisfactum *non* fuiſſet vt *in l. à Diuo Pio* 15. *§. quòd ſi res ſit pignerata D. de re iudic.* Præter id quòd poſſet ex ipſa etiam conuentione dari ei actio ſi qua fortè ſtipulatio interueniſſet inter creditores paciſcentes de pignore, ita vti diximus diſtrahendo. Ac quamquam non nego Etiam vltrò dandam eſſe actionem poſteriori creditori aduerſus priorem, vt ſuperfluum precij reſtituat, ſi neque ſtipulatio interuenerit, neque ſibi per exceptionem, & interceſſionem conſulere poſterior, aut velit, aut poſſit, optimè tamen probat hæc ratio, nihil minus cogitaſſe Papinianum aut Marcianum ſupradictis verbis *d. §. Papinianus*, quàm vt actionem nouam induceret, qui nec vllius meminit actionis. Conſequens igitur eſt vt condictioni ex lege nullus hoc caſu locus eſſe poſſit. Nec fuit cur Bartolus nos remitteret ad ea quæ tractat ille *in d.l. 1. D. de condict. ex leg.* vbi totam hanc materiam De condictione ex lege intricat & inuoluit tot diſtinctionibus vt facile appareat, nihil aliud aſſecutum eum eſſe niſi vt rem alioqui per ſe claram & facilem faceret difficilem & obſcuram.

ERROR SEPTIMVS.

De condictione ex lege & actione in factum in ſpecie l. creditor 12. *§. Papinianus. alias l. ſi prior D. qui potior. in pign. hab. Et ad l. 1. D. de condict. ex leg.*

QVID enim clarius, quàm quod hac de re ſimpliciter, & tam paucis verbis ſcribit Paulus *in d. l.* 1. Si aliqua obligatio lege noua introducta ſit, nec cautum eadem lege quo genere actionis experiamur, ex lege agendum eſſe. Legem igitur nouam eſſe primùm oportet, & quod neceſſariò ſequitur nouam quoque obligationem quæ ex noua illa lege introducta ſit. In quo errauit iam olim primus Accurſius eúmque ſecutus Bartolus qui dictionem *noua* refert ad obligationem tantùm non ad legem. Nouas enim leges dixerunt Iureconſulti eas omnes quæ ſecutæ ſunt leges duodecim tabularum quæ ſolæ veterum legum nomen & dignitatem habuerunt. Quænam verò exempla, vel certiora, vel illuſtriora poſſint adferri quàm quæ idem Accurſius attulit ex *l. quod ex his* 28. iunct. *§. vlt. leg. præced. D. ad leg. Iul. de adult. l. ſi quis argentum* 35. *§. ſed ſi quidem C. de donat. l. vnic. C. de ſuffrag.* & aliis ſimilibus quæ licèt non tam leges verè ſint quàm conſtitutiones Principum, habent tamen vim legum, ita vt non minùs quàm leges poſſint dare actionem *l. 2. C. de quadr. præſcript. & tit. D. vt ex legib. Senatuſc. & Princip. conſtit. bonor. poſſ. det.* quod de prudentum reſponſis nemo vnquam dixit. Sed & interdum euenit vt noua lex aliqua & obligationem & actionem nouam introducat, nec eo minùs tamen veteres actiones competant quæ antea competebant, ſcilicet cùm

Digitized by Google

cùm lex non cauit nominatim vt ſola ea actione vtamur, vt idé Paulus ſcribit *in l.quoties* 41. *D. de oblig. & action.* In propoſita verò quæſtione quænam obſecro lex lata eſt, quænam Principis conſtitutio ad hoc inducendum, vt ſecundus creditor poſſit agere contra priorem ad reſtitutionem ſuperflui precij quod prior creditor ex venditione pignoris ob anterius creditum facta perceperat? Aut quid neceſſe fuit nouam obligationem & actionem inducere, cùm pignoratitia competeret ac ſufficeret? Nam & Bartoli traditio eſt ad *d. l.* 1. cùm quoque cùm noua obligatio & actio per nouam legem aliquam introducta eſt, non ideò tamen competere condictionem ex lege, ſed ex contractu ipſo, ſi lex eam actionem per cauſam & viam contractus induxerit, vt euenit in actione quam Zeno introduxit ex contractu emphyteutico *l.* 1. *C. de iur. emphyt.* Pignoratitia autem quam nos dicimus ſecundo creditori contra priorem competere, naſcitur ex contractu ipſo pignoris, ideóque vocat eam Papinianus actionem, quæ de pignore dato proponitur *in l. fideiuſſor* 32. *D. de negot. geſt. & in l. pennli. D. de pignor. act. & in l.* 2. *D. de pignor.* Nullus ergo in propoſita quæſtione locus cõdictioni ex lege relinquitur: nec quod Papinianus, & poſt eum Marcianus in *d. §. Papinianus*, ſcripſit teneri hoc caſu priorem creditorem poſteriori nouam obligationem vel actionem inducit, ſed oſtẽdit potiùs ita ius eſſe, vt probabiliter dubitare nemo poſſit, quin actio aliqua eo nomine competat ipſo iure, quæ portò alia quàm pignoratitia eſſe non poteſt. Nam de actione in factum quam in hac ſpecie dandam eſſe voluit Accurſius, nec Bartolus reluctatur, multò minùs dubito quin competere nõ poſſit, cùm ſemper ſit ſubſidiaria, ſiue ſit ciuilis, ſiue prætoria, nec alio vllo caſu competat quàm ſi actio nominata & propria nulla ſit, quæ dari commodè poſſit *l. iuris gentium* 7. *§.* 1. *D. de pact. l.* 1. *& ſeqq. l. naturalis* 5. *§. at cùm do & poſſ. D. de præſcr. verb.* adeò vt ſi actio de dolo competere poſſit, quæ ipſa quoq; non niſi ſubſidiaria eſt, actio in factum tanquam poſtrema inter ſubſidiarias deneganda ſit *l. ſolent* 15. *in fin. l. permiſſis* 16. *§.* 1. *eod.* Omnes enim actiones in factum vtiles ſunt, ideóque non niſi ex neceſſitate ob vtilitatem inducendæ, ac proinde ita demum ſi directa nulla competat *l. quoties* 21. *eod. tit.* Actio autẽ de dolo ſubſidiaria quidem eſt, ſed tamen directa. Sed & actionem in factũ ne hoc caſu locum habere poſſit, illud impedit, quod non naſcitur niſi ex facto aliquo & quidem quod interuenerit inter eum qui agit, & eum qui conuenitur. Nam & inde actiones in factum nomen ſumpſerunt, & ob hoc ipſum perſonales ſemper ſunt, numquam reales, quoniam ex negotio geſto proficiſcuntur. Atqui nullum negotium geſtum dici poteſt inter priorem creditorem qui pignus in quo anterior fuit, iure ſuo vendidit, & poſteriorem qui non cum priore ſed cum ſolo debitore contraxit. Quomodo igitur fieri poteſt vt creditori poſteriori prior ob venditionem pignoris iure facta actione in factum teneatur?

ERROR OCTAVVS.

De ſententia l. 2. *D. de pignor. & de pignoratitia actione inter alios quàm inter debitorem & creditorem data.*

DICES, Pignoratitiã actionẽ æquè ex cõtractu cõpetere, nimirũ ob pignus datũ, & tamen nõ à ſecundo creditore datũ eſſe pignus priori, ſed

à debitore: consequens igitur esse vt soli debitori creditor anterior pignoratitia teneri debeat non posteriori. Quò videtur etiam respexisse Papinianus noster *in d.l. 2. De pignor.* vbi tractans de fideiussore qui pignora vel hypothecas suscepit, atque ita pecunias creditori soluit, ait teneri quidem eum de culpa exemplo creditoris in cuius locum successit, sed tamen non idcirco posse conueniri iudicio, quod de pignore dato proponitur, id est pignoratitia actione, non alia vt apparet de causa, quàm quod verum sit non fuisse cum eo contractum de pignore, nec datum ei pignus, tametsi in creditoris pignoratitij ius & locum successerit. Verùm respondeo non ista ratione motum fuisse Papinianum ne daret pignoratitiam actionem creditori aduersus fideiussorē qui pignora vel hypothecas suscepisset, at illa potiùs quàm præcedentia eiusdem legis verba declarant non obscurè, quòd in ea specie fideiussor propria mandati actione & ex proprio contractu conueniri posset. *l. si mandatu 59. §. 1. D. mandat.* Quid enim necesse est mutuari actionem extraneam ex persona creditoris cùm propria competat & ex proprio contractu? At si nulla competisset non dubitasset Papinianus quin pignoratitia debitori ad recipienda pignora sua dari debuisset: Alioqui cur quæreret an pignoratitia competeret in ea specie si nullo casu creditori contra fideiussorem dari eam debere putaret? Probat igitur potiùs ea lex, quod nos volumus, posse pignoratitiam dari etiam inter alios quàm inter debitorem & creditorē, vt & quod ab eodem Papiniano responsum est in *d.l. fideiussor 32. vers. creditor autem D. de negot. gest.* de cuius sententia & ratione scripsimus in præcedētibus. Etsi enim pignoratitia nascitur ex contractu dati pignoris, nihil tamen vetat secundum creditorem etiam qui pignus priori non dederit, eam actionem exercere contra priorem ex persona sui debitoris ad reposcendum superfluum quod post venditionem pignoris penes anteriorem reperitur sine causa, tum quòd in ius sui debitoris ex proprij pignoris causa successerit, nec aliter ius sui pignoris exequi possit, quod tamen saluũ ei superesse debet post dimissum primum creditorem, tum quòd ea superflui restitutio debitori profutura sit, qui eatenus liberabitur, & cui perinde superfluũ illud restituere creditor omnimodo deberet, si ab eo priùs ac potiùs quàm à secũdo creditore conueniretur. Quo tamen casu ius esset secundo creditori tanquã hypothecario inhibēdi ne fieret ea restitutio debitori, nec magis posset debitor impedire ne secũdus creditor ius suum ita exequeretur, quàm prohibere ne pignus creditor ille secundus distraheret si nondum esset distractum *tot. tit. C. debit. vendit. pignor. imped. non poss.* Quidni ergo post venditum pignus à priore creditore exactámque ab eo ampliorē pecuniã, quàm quæ ex anterioris crediti causa debebatur, licebit posteriori superfluum exigere per pignoratitiam actionem cùm neque alia vlla possit competere, neq; futurum sit vt ex eo aliquam siue debitor, siue creditor iniuriam patiatur. Nam & hoc quoque non parui momenti esse solet cùm quæritur de danda actione *l. in creditore 38. D. de euict. l. cùm te 6. C. de pact. int. empt. & vendit.* sed & ratio illa pro actione pignoratitia hoc casu inducenda multùm vrget, quod cùm creditor iure suo pignus distrahit, perinde id habendum est acsi debitor ipse venderet per procuratorem, quasi hac parte creditor sit procurator debitoris, vt ait Paulus *in l. si pignori 29. D. famil. ercisc.* Ergo & secundus creditor similiter cùm agit de superfluo precij aduersus priorem creditorem qui pignus suo iure vendidit, perinde habēdus est pro debitoris procuratore, quia licèt agat rem suam vt indemnitati

suæ

suæ consulat, agit tamen etiam rem debitoris quem haud dubiè facit locupletiorem cùm is à debito liberatur *l. si pupilli 66. in fin. D. de solut. l. species 11. D. de accepilat.* Quidni proinde in eam rem habebit etiam pignoratitiam actionẽ contra priorem creditorem quam exercere posset debitor ipse ad hoc vt haberet vnde posset soluere, ac satisfacere secundo creditori? Aut quid interest an ea pecunia per debitorem exigatur, an per secundum creditorem quasi procuratorem debitoris? Ex his apparet, multò minùs dici posse, quod Accursius & Bartolus dicere quidem sed non adfirmare ausi sunt, officium iudicis in hanc rem competere posteriori creditori aduersus priorem. Nam vt cętera prætermittamus quæ contra tam improbabilem sententiam adferri possent, quid necesse est ad auxilium hoc implorandum confugere, cùm actionẽ habeamus pignoratitiam scilicet, quæ eo nomine competere possit.

ERROR NONVS.

De cumulatione hypothecariæ actionis cum Saluiano, aut alio interdicto adipiscendæ possessionis.

ILLA etiam quęstio ab interpretibus nostris circa Saluianũ interdictum tractata est, an possit illud cumulari cum actione hypothecaria, sed omnes consentiunt posse, nec reperitur qui contrà putet, adeóq; nec ferè qui dubitãdi causam inueniat. Ita primùm Castrensis ad *l. rem alienam num. 10. D. de pignor. act.* & eum secutus Neguſantius *in tract. de pignor. in vltimo membr. vlt. part. num. 26.* quos & refert & sequitur Iacob. Menoch. *in remed. 3. de adipisc. poss. quæst. 28. num. 159. & seqq.* vbi potissimã aut potiùs vnicam huius sententiæ rationem illam adfert, quòd in possessorio adipiscẽdę petitoriũ cũ possessorio cumulari possit, ex vera, inquit ille, iuris & Doctorũ sententia, de qua in *l. naturaliter 12. §. nihil cõmune D. de acquir. possess.* præsertim per Rip. ibi *num. 142. Per l. cùm fundũ 18. §. vlt. D. vnde vi & de vi armat. & cap. pastoralis de caus. poss. & propriet.* Facilè verò interpretes nostri in hãc venerũt sententiã, quia nec magnã differentiã cõstituunt inter actionẽ hypothecariã & Saluianũ interdictũ, nisi quod iudicium actionis hypothecarię volunt, & hoc rectè, esse petitorium, Saluiani verò possessorium. Cęterùm sicuti datur hypothecaria contra quemlibet possessorem. Ita & Saluianum aduersus quemcunq; possidentem dari volunt, & sicuti non datur hypothecaria nisi in rem quæ probetur iure obligata, ita nec Saluianum dandũ arbitrãtur nisi pignoris obligatio cõtracta dicatur: sola actori remissa necessitate probãdi rẽ illã quę obligata dicitur, fuisse propriã, & in dominio debitoris atq; ita obligari iure potuisse, quoniã, inquiũt, sufficit in Saluiano proponẽdo allegare hoc & narrare licèt nõ probetur, sed probandũ tantùm esse illata & inuecta per colonũ in prædiũ rusticum fuisse ab ipso possessũ tẽpore quo illata fuerũt atq; ita tempore obligationis contractæ quod expressim docuit Bart. *ad l. 1. nu. 3. D. de Saluian. interd. & ad l. 1. num. 2. C. eod.* Etsi autem vel in hoc maximè differentiam constituere videntur inter Saluianum & hypothecariã, in qua nimirum fatentur, quod negare nemo possit, incumbere necessariò creditori vt probet rem quam pignoris iure persequitur pertinuisse ad debitorẽ iure dominij eo tempore quo conuentum fuit de pignore, vt & Menochius admittit *dict. quæst. 29. num. 161.* Si tamen effectum rei inspicias nulla prorsus nisi verbalis est hæc quæ ab interpretibus admittitur differentia. Nam & iidem interpretes volunt, quoties hypothecaria contra debitorem

ipsum aut ipsius heredem exercetur, non esse cogendum creditorem vt probet dominium, sed tantùm vt possessionem debitoris. Sic enim Afflict. *decis. Neapoli.* 383. *in fin.* In quo igitur volunt meliorem esse hac parte condicionē Saluiani, quàm hypothecarię actionis? In eo nimirum vt hęc, quam dicimus, differentia tùm obtineat cùm hypothecaria non contra debitorem ipsum, sed contra tertium possessorem exercetur, quo demùm casu omnes admittunt, creditori necessariam esse dominij probationem. Atqui iam ostendimus in præcedentibus, nullo penitus casu posse Saluianum competere aut dari cōtra tertium, sed aduersus solum conductorem eiúsve heredem *ex l. 1. C. de precar. & Salvian. interd.* Ergo quæ ab interpretibus differentia constituitur inter Saluianum interdictum & Seruianum iudicium, cùm nulla esse possit eo casu quo solo aliquam esse interpretes volunt, consequens est vt effectu ipso prorsus nulla sit. Sed tamen falluntur apertissimè in eo quod remittunt creditori necessitatem probādi dominij si agat hypothecaria cōtra debitorem, aut contra debitoris heredem, vt sequenti Decade ostendimus, eo casu condicionis debeat esse creditor, quàm cùm agit aduersus tertium possessorem. Nec sanè vllo iuris loco ea distinctio prodita est, nec rursum dubitari oportet quin actionis hypothecarię vna eadémque formula olim fuerit, ex qua sola vim & potestatem actionis æstimari necesse est, non ex persona debitoris, præsertim cùm siue aduersus debitorem, siue aduersus tertium possessorem hypothecaria proponatur, actio in rem sit, non in personam *l. persecutione* 24. *& Auth. seq. C. de pignor.* Fuit autem proculdubio formula hæc actionis hypothecariæ omni casu *si paret Titium eam rem de qua agitur in bonis habuisse, cùm de pignore conuenit, nec ea res Mæuio creditori arbitrio tuo restituetur, tunc quanti ea res erit, Mæuio possessorem condemnato.* Ex natura scilicet actionum omnium arbitrariarum *§. præterea Instit. de action.* vbi actiones arbitrariæ definiuntur eæ, ex quibus si iudicis arbitrio de restituenda re non pareatur, ex bono & æquo condemnatio fit. Atqui nihil de eo quod per sollemnem formulam præscriptum est remittere iudex potest, cui nimirum perinde addictus olim erat atque seruus glebæ. Et quamuis ea formulæ impetrandæ dandæque necessitas hodie sublata sit *tot. tit. C. de formul. & impetr. act. sublat.* illud tamen ex vetere iure semper mansit, vt natura & qualitas actionis perpetuò spectanda seruandáque sit ne actionum omnium turbatio confusióque inducatur, vt nos ad eum titulum scripsimus in Codice Fabriano. Est igitur hodie non minùs quàm olim hypothecaria actio arbitraria, eandémq; proinde vim & naturā retinens quam veteris formulæ verba præseferebant. Et consequenter eadem hodie probanda sunt agenti hypothecaria, quæ probanda olim erant, eodémque modo quo iam olim concipienda est condemnatio, in id omne scilicet quod interest agentis si res arbitrio iudicis non restituatur *d. §. in vindicatione & l. si inter* 21. *§. vlt. eod. tit. D. de pignor.*

ERROR DECIMVS.

Quantum distet hypothecaria à Saluiano etiam in adipiscenda possessione,

EX quo magis apparet quātū hypothecaria distet à Saluiano, etiā quod ad causā adipiscendę possessionis pertinet, quāquam. n. dici solet, per Seruianā & quasi Seruianā auocari nudā possessionē *l. si cùm vēditor* 66. *D. de*

D.de euict. dariq; iudiciũ illud ad possessionẽ adprehendendã, vt scriptũ est in *l.si debitor* 10. *in fin D.de pignor. l.3. Cod.eod.* id tamen non sic accipi debet quasi in eo iudicio agatur de adipiscenda possessione per missionem in possessionem vt volunt interpretes, (esset enim alioqui dicẽdum possessorium iudicium non petitorium, nec rursus ex interdicto vllo mittitur quis in possessionem, sed ex edicto & ex certis tantùm causis de quibus *in titu. D. quib. ex caus. in poss. ff. eat.* Postquàm verò quis missus est, dat prætor interdictum ne vis ei fiat *Ut.ne vis fiat ei qui in poss. miss. est.*) sed ita vt per eam actionẽ possit creditor nanciscí & adipisci possessionem pignoris, at non tam vi & potestate actionis quàm metu condemnationis vt euenit in cæteris omnibus actionibus arbitrarijs, in quibus neque actio, neque condemnatio est ad possessionis traditionem, aut restitutionem, sed tantùm ad litis æstimationem & ad id quod interest si res non restituatur. Fefellisse videtur interpretes, quod viderunt hypothecariam non aduersus alium exerceri posse, quàm qui vel possideat, vel dolo malo desierit possidere *d.§. in vendicatione*, nec obseruarunt non hoc fieri ex eo quod in huiusmodi iudicio agatur vllomodo de possessione, sed quia neque potest iudex procedere ad condemnationem nisi præcedente arbitrio & iussu rei restituendæ, neque arbitrari & iubere rem restitui ab eo, qui si neque possideat, neque dolo malo desierit possidere, non possit habere restituendæ rei facultatem. Nam & idem euenit in directa rei vindicatione quam tamen certum est non de possessione dari sed de dominio, ideóque non tam malè quàm frustra illum agere qui vindicationem proponit aduersus non possidentem *l.qui petitorio* 36. *ff. de rei vindicat.* quamuis iudicij effectus non ille sit, vt dominium acquiratur, quippe quod actor suum esse contendit, sed vt vel rei possessio restituatur si condemnationem euitare possessor volet, vel quanti actoris interierit condemnationem patiatur *l.officium* 9. *l.is qui destinauit* 24. *d. l.qui petitorio* 36. *l.qui restituere* 68. *ff. eod.* Sic & in actione, quod metus causa *l.item si cum* 14. *§. in hac actione & seq. D.quod met. caus.* & in actione De dolo *l.arbitrio* 18. *D. de dolo.* & in cæteris arbitrarijs euenit vt non ad restitutionem vilius rei condemnetur is qui conuenitur, sed ad id tantùm quod actoris interest si res non restituatur. Cùm igitur in actione hypothecaria non de possessione quæratur, sed de pignore, nec tam in id agatur vt restituatur possessio, quàm vt si arbitrio iudicis restitutio non fiat, id quod interest præstetur. Apparet non posse hypothecariam dici remedium adipiscendæ possessionis vt cum Saluiano possit concurrere : Atque ita fuisse ius vetus vt hæc duo auxilia Seruianæ & Saluiani concurrere numquam potuerint constat manifestissimè ac indubitanter ex eo quod Seruiana & quasi Seruiana per iudicem expediebatur & per iudicium via ordinaria, id est, per actionis formulam quam prætor aut alius magistratus præscribebat iudici dato. Causa verò interdicti Saluiani, vt & cæterorum interdictorum apud prætorem ipsum tractabatur, extra ordinem nec dabat prætor iudicem, sed ipse interdicebat. Quomodo igitur potuit olim fieri, vt cumularetur interdictum siue Saluianum siue aliud cum Seruiana quæ & alium habebat iudicem & aliam cognoscendi pronunciandique rationem desiderabat ? Sanè cùm hodie sint sublatæ differentiæ cognitionum extraordinariarum & iudiciorum ordinariorum *post l.2 Cod.de pedan.iudic. §. vltim. Instit.de interdict.* non potest hodie ratio hæc impedire cumulationem, & ad hoc fortasse respexit summus Pontifex *in dict.*

Papin. pastoralis de cauſ. poſſ. & propr. Etſi conuenientius videtur, vt ea lex pontificia quæ iuris ciuilis authoritate nititur, ſecundum legem ciuilem intelligatur, quæ cumulationem iſtam, vt dixi, nullomodo admittebat, nec aliud velit ſummus Pontifex niſi vt eodem tempore poſſint petitorium & poſſeſſorium proponi, vt olim, niſi, cùm certatur de retinenda poſſeſſione. Addamus quod Papinianus noſter nec addidit, nec addere potuit, ſed tamen ſummus Pontifex potuit, & apud eundem iudicem. Nam & id alia ciuili conſtitutione cautum eſt, quæ extat *in l. nulli* 10. *Cod. de iudic.* At nos quæſtionem hanc tractamus contra interpretes & pragmaticos noſtros, qui non diſtinguentes ius nouum à vetere cumulationem poſſeſſorij adipiſcendæ aut recuperandæ cum petitorio iam olim permiſſam fuiſſe arbitrantur. Fateor quod Papinianus ait *in dict. l. cùm fundum* 18. *§. 1. D. vnde vi.* Eum qui vindicauit fundum ab eo cum quo potuit interdicto Vnde *vi* experiri pendente iudicio nihilominùs interdicto rectè agere, quia Prætor dando iudicem de proprietate non auffert ſibi poteſtatem cognoſcendi de poſſeſſione, cuius cauſa ſemper fauorabilior, quia ſummaria eſt. At non fatebor ſimiliter eum qui cœperit agere interdicto Vnde vi audiendum eſſe ſi velit rem vindicare, quia cùm prætoris ſit dictare iudicium qui ipſe de cauſa interdicti extra ordinem cognoſcit, cur patiatur agi de proprietate priuſquàm de poſſeſſione ipſe pronunciauerit? offenderetur quodammodo in ea re iuriſdictio & authoritas prætoris, præter id quod fauor poſſeſſionis hanc ſententiam non patitur, vt qui cœpit agere de poſſeſſione aut conueniri, etiam quæſtionem proprietatis mouere poſſit, ante terminatam poſſeſſionis cauſam *l. 8. C. vnde vi.* Metus verò ſemper eſt vt à poſſeſſione incipiatur *l. is qui deſtinauit* 24. *D. de rei vindic.* & ideò Saluiano priùs experiendum eſt ſi fieri poſſit, ſi non poſſit tum demùm deſcendendum ad Seruianum vel quaſi Seruianum iudicium, vt loquitur *l. 2. ff. de Saluian. interd.* Ex quo maximè loco apparet ſatis, In proponendis huiuſmodi remedijs ordinem hunc ſeruari debere, qui tamen in ijs cumulandis ſi cumulari poſſent, nullus requireretur.

His adde quæ ſcripſimus *in Error.* 4. *Decad. præcedentis.*

* * *

ANTO-

Digitized by Google

ANTONII FABRI I.C SEBVSIANI, SENATORIS SABAVDIENSIS, ET IN GEBENNENSIS DVCATVS AVDITORIO PRAESIDIS,

DE ERROR. PRAGMAT. ET INTERPR. IVR.

DECAS LXIII.

ERROR PRIMVS.

De probatione dominij quæ requiritur in actione hypothecaria.

COGVNT nos ea quæ proximè scripsimus De cumulatione Saluiani cum hypothecaria, subiicere hoc loco quid nobis videatur de illa etiam quæstione quam interpretes tractant satis magna contentione, Quid probandum habeat is qui agit hypothecaria, siue contra debitorem ipsum, aut eius heredem, siue contra extraneum possessorem. Nam nec Accursius ipse in eo videtur sibi constare, cui aliquando placet sufficere vt creditor probet sui debitoris possessionem iunctam cum bona fide, etiam sine titulo, Aliquando verò, exigi titulum cum bona fide, Aliquando denique, requiri omnino vt probet creditor dominium fuisse debitoris tempore constituti pignoris, aut saltem superueniſſe debitori post conuentionem de pignore si vel obligata sint generaliter, vt fieri solet, bona omnia præsentia & futura, vt *in l. & quæ nondum* 15. *§. quod dicitur D. de pignor.* vel indistinctè bona omnia non facta præsentium mentione, quo casu etiam futura in obligationem venire placuit Iustiniano *in l. vlt. C. quæ res pignor. oblig. poss.* Interpretes nostri aliter atque aliter sentiunt. Magis tamen communiter probatum video quod superiore capite diximus ex Matth. de Afflict. *decis.* 383. *num. vlt.* post Castrens. *ad l. rem alienam D. de pignor. act.* Distinguendum esse an contra debitorem ipsum aut ipsius heredem hypothecaria exerceatur, an contra extraneum possidentem. Priore casu sufficere probationem possessionis, Posteriore verò requiri necessariò probationem dominij, aut directi aut saltem vtilis, Aut denique quasi dominij, vt loquitur Bart. *ad dict. l. rem alienam num.* 5. *&* 6. Etsi Bartolus eo loco videtur aliquantulum dissentire. Concludit enim nullo casu sufficere ad hypothecariam quod debitoris possessio sola probetur, sed illud præterea omnimodo exigi vt creditor probet dominium directum vel vtile, vel saltem quasi dominium debitoris,

nisi quod subiungit *dict. num. 6.* nec insubtiliter, facilioremesse probationem dominij contra debitorem aut eius heredem quàm contra extraneum. Posse namque probari dominium contra debitorem, aut ipsius heredem per solam possessionis probationem, propterea quòd inquit, non possit debitor referre creditori quæstionem dominij, vt nec creditor debitori ex *l. si pignore 22. §. si prædo & §. si creditor D. de pignor. act.* iunct. *l. commodare 15. cum l. seq. D. commod.* At contra extraneum possessorem, siue causam habeat ab alio quàm à debitore, siue à debitore ipso, & siue lucratiuam, siue oneroſam, non ex sola possessione probari posse dominium, sed aliis modis probandum necessariò esse aut directum aut vtile, aut saltem quasi dominium. Ita enim concludit ille aduersus Cynum qui supradictam distinctionem admittebat *ex l. apud Celsum 4. §. de authoris D. de doli except.* quo tamen loco tractat Vlpianus de agente ex titulo singulari, non de possidente, cuius fauorabiliorem condicionem esse vult Bartolus ne vnquam ei dolus authoris sui noceat, siue lucratiuam, siue oneroſam causam habere proponatur. In summa vult Bartolus omnimodo & omni casu necessariam esse agenti hypothecaria non modò allegationem, sed etiam probationem dominij, verùm aliter contra debitorem aut eius successorem vniuersalem, aliter verò contra extraneum, & successorem debitoris singularem probari debere. Pragmatici tamen nostri, qui minùs subtiles sunt quàm vt Bartoli subtilitatem percipere & adprobare possint, crassius & pinguius rem æstimantes, magis probare solent, vt sufficiat creditori agenti hypothecaria allegare & probare solam debitoris possessionem, quoties agit contra debitorem. Cuius sententiæ rationem plerique illam adferunt, quòd nihil aut parum interesse videatur debitoris, qui cùm non neget se debere, effugere non potest quominùs siue hac, siue illa actione & conueniatur & condemnetur. Quæ tamen ratio si recta esset perinde probaret, neque ad hoc adigendum esse creditorem vt probandam haberet possessionem debitoris sui tempore conuentionis inspecto. Cur non enim sufficeret possessorem esse debitorem eo tempore quo conueniretur, cùm æquè futurum esset illo casu vt restituendæ rei haberet facultatem? *l. si fundus 16. §. in vindicatione D. de pignor.* Atqui nondum ex interpretibus quisquam inuentus est, qui eò vsque progressus sit vt dixerit, nihil interesse an debitor rem obligatam possederit eo tempore quo ipsam obligauit, necne: sed sufficere vt eam tùm possideat, cùm conuenitur. Quis verò ferat, vt quod tot locis scriptum est creditorem agentem hypothecaria probare debere rem fuisse conuentionis tempore in bonis debitoris, restringi debeat ad eum casum quo hypothecaria non contra debitorem sed contra tertium possessorem exerceatur? Sed & repugnat Paulus *in l. rem alienam 41. D. de pignor. act.* vbi negat posse debitorem qui rem alienam obligauit conueniri directa hypothecaria etiamsi domino rei successerit: Negat posse conueniri etiam vti dominum rei obligatæ per debitorem cui heres ipse extiterit, Vt intelligamus parùm prodesse ad hypothecariam quod debitor sit non modò possessor, verùm etiam dominus rei obligatæ, nisi vel fuerit iam tum cùm pignus constituebatur, vel saltem illud etiam concurrat, vt de pignore ille ipse pepigerit, cui dominium superuenit. Et ratio est, quia quisquis agit hypothecaria, pignus vindicat, dicitque rem in quam agit esse sibi obligatam, vnde & pignoris vindicatio appellatur *d. §. in vindicatione.* Quemadmodum dicimus vindicationem rei directam illam, quæ fit iure dominij ab eo qui dicit rem

suam

Digitized by Google

ſuam eſſe iure vel gentium, vel ciuili *l.in rem* 23. *D. de rei vindic. l. Quintus* 27. *§.argento D.de aur.& argent.legat.* Nec alio ſenſu poteſt verum eſſe quod vulgò iactatur pignoris perſecutionem eſſe in rem *l.pignoris* 17.*D.de pignor.l.pignoris* 18.*C.eod.* cùm alioqui certum ſit hypothecariam actionem eſſe arbitrariam,& conſequenter in ea fieri condemnationem perſonalem ex bono & æquo,ſi res obligata non reſtituatur arbitrio iudicis *§.præterea Inſt.de actiõ.* Vbi quod dicitur actionum arbitrariarum alias eſſe in perſonam, veluti quibus de eo agitur,quod vi aut metus cauſa, aut dolo malo factum eſt, & De eo quod certo loco.Alias verò in rem veluti Publicianam,Seruianam & quaſi Seruianam,oſtendit ſatis actionem hypothecariam qua de agimus, dici in rem,non quia in rem ſcripta tantùm ſit(idem namq;euenit in actione Quod metus cauſa,& in actione Ad exhibendum, quas tamen & arbitrarias, & in perſonam eſſe certiſſimum eſt)ſed quia rem afficit & actori obligatam eſſe intendit.Quod in cæteris arbitrariis non ſimiliter euenit, quæ in perſonam ſunt,nec ſi in rem ſcriptæ dicantur,qualis eſt actio Quod metus cauſa *l. metũ* 9.*§.1.l.item ſi cum* 14.*§.in hac actione D.quod met. cauſ.* Alioqui paullatim dicemus nihil referre an actio ſit merè in rem,an verò directa in perſonam, in rem verò ſcripta.Fit igitur ex neceſſitate & natura actionis vt quicunque agit hypothecaria probare debeat rem ipſam quam perſequitur obligatam eſſe,& conſequenter fuiſſe in bonis eius qui dicitur eam obligaſſe, cùm fieri nequeat,vt iure obligata ſit ab eo in cuius bonis non fuerit, licèt is contra quem actio exercetur ſit debitor,nec negare poſſit ſe debere. Fateor, quod omnes admittunt,neceſſarium etiã eſſe vt qui agit hypothecaria, dicat probétque ſibi deberi,quoniam ſicut pignoris & hypothecæ obligatio,non niſi acceſſoria eſt,ad obligationem principalem:Ita nec hypothecaria poteſt ſubſiſtere,niſi quãdiu verum eſt pecuniam ſolutã non eſſe,aut aliter eo nomine ſatisfactũ non fuiſſe *l.grege* 13.*§. etiam D.de pignor.* licèt nonnunquam eueniat vt ſublata quoque principali obligatione vinculum pignoris nihilominùs duret *l.2.C.de luit.pignor.l.debitor* 59.*D.ad SC.Trebell.l.pen. §.1. D. de except.rei iudic.*de quarum legum ſententia, & ratione alibi ſcripſimus. Sed nemo tamen ideò dixerit ſufficere probationem debiti ad exercendã hypothecariã, nec ſi contra debitorem ipſum aut ipſius hæredẽ exerceatur:cùm nihil vetet deberi,neq; tamen contractũ eſſe vinculũ vllũ pignoris, aut quia nõ conuenerit de pignore,vt *in l.Ariſto* 3.*D.quæ res pign.oblig.poſſ.*aut quia is pignori dederit qui nexũ facere nõ potuit,nec iure obligare *l.vlt.C.ſi alien.res pign.dat.ſit.*

ERROR SECVNDVS.

De faciendis debitori denunciationibus. Ad l.debitores 10.*C.de pignor. & l.creditor* 4.*C.de diſtr. pignor.*

SED nec illud verum eſt,quod tractat Bart.*ad d.l. rem alienam nu.* 13. Etiam probandum eſſe in hypothecaria quòd debitor fuerit in mora ſoluendi debiti *ex l.debitores* 10.*C.de pignor.* Conſtat.n.tũ quoq; cùm dies penſionis nondũ venit,quo caſu nõ poteſt debitor eſſe in mora,cùm nulla intelligatur ibi mora fieri vbi petitio nulla eſt *l.ſi pupillus* 127.*de verb.oblig.l.mora* 88. *de regul.iur.* dandã tamẽ creditori pignorũ perſecutionẽ medio tẽpore,quia intereſt eius vt ex Celſo Vlpianus ſcribit *in*

l.quæſitum 14. *D.de pignor.* Nec eſt contrarium, quod reſcripſerunt Imperatores *in d.l.debitores*, Præſentes debitores priùs denunciationibus conueniendos eſſe. Id enim ad eũ caſum pertinet, quo creditor velit perſequi pignora nõ tantùm ad auocandam eorum poſſeſſionem, acquirendamque ſibi retentionem, ſed etiam ad ea diſtrahenda, quod vtique facere non poteſt niſi præcedente denunciatione, non ſolùm ſi conuenerat ne poſſet pignus diſtrahi, quamquam eo caſu trinam denunciationem præcedere oportet, *l.ſi conuenit* 4. D. *de pignor.act.* ſed etiam ſi vel de pignore diſtrahendo nominatim conuenerit, vel de eo nihil dictum ſit, non quaſi voluntas exquirenda ſit debitoris an cõſentire velit diſtractioni quam vtique impedire nullo modo poteſt *l.1. & 2.C.debit.vendit.pignor.imped.non poſſ.* quod autem fieri poteſt inuito debitore, cur non etiam illo ignorante? *vulg.l.qui poteſt* 26. *de regul.iur.* Sed vt tanto maiore precio pignus diſtrahatur debitore emptores vndique conquerente, quorum licitationibus fiat vt pluris res æſtimetur, commodo debitoris, qui quod plus erit in precio, quàm in debito per actionem pignoratitiam repetiturus eſt, ita vt ob eam cauſam dici poſſit venditio facta dolo malo quæ inſcio debitore facta eſt *l.creditor* 4. *C.de diſtract.pignor. l.cùm contra* 4. *l.vlt. & paſſ. C.ſi vendit. pignor. agat.* Ideóque nec aliter denunciatio iſta neceſſaria eſt quàm ſi debitor ſit præſens *d.l.debitores.* Alioqui ſi abſens debitor fuit, ſufficiet publico programmate admoneri eum, vt & cæteros creditores *l. ſi eo tempore* 6. *l.ſi hypothecas* 8. *C.de remiſſ.pignor.* Idque eſt quod ait *d.l.creditor* 4. in illis verbis, *& quando licèt, teſtatò dicere debet.* Nec enim arctandus fuit creditor ad rem aut impoſſibilem aut difficilem vt venditio pignoris impediretur quam exequi iure ſuo, & peragere creditor poteſt. Cæterùm non fit hæc denunciatio ad conſtituendum debitorem in mora, vt putat Bartolus, ſed potius ad cõſtituendum creditorem in bona fide, ne quandoque poſſit ei obiici à debitore factam eſſe venditionem dolo malo & per gratiam aut colluſionẽ creditoris *d.l.creditor d.l.4 & l.1.C.ſi vendit.pignor.agat.* Nec enim denunciat creditor debitori, vt ſoluat, quod neceſſe eſſet ſi id ageret vt conſtitueret in mora debitorem *l.mora* 32. *D.de vſur.l.Titia Seio* 87. *§. vſuras de legat.* 2. ſed notam ei duntaxat facit proſcriptionem pignoris, ne quid inſcio ſe factum eſſe conqueri iure poſſit. Quare nec exiſtimandum eſt remiſſum hodie quicquam eſſe de huiuſmodi ſolennitate, vt parum cautè quidam exiſtimant. Nam quod Iuſtinianus ſcribit *in §. appellamus in fin. Inſt. de action.* Nullam hoc tempore denunciationem fieri, ad hoc denunciationis genus non pertinet, *ſed ad eam* veterem denunciationis formam quam neceſſe erat præcedere, priuſquàm actio vlla perſonalis exerceri poſſet, vnde & condictiones dicebantur omnes perſonales actiones, quòd priſca lingua *condicere* nihil niſi denunciare eſſet *d.§. appellamus.* Neque verò adeò malè & indiſtinctè loquitur Iuſtinianus vt dicat nullam hodie fieri denunciationem, ſed addit *eo nomine*, id eſt, ad perſonalem actionem proponendam. Denunciatio autem de qua agimus non tam actio eſt aut quid præparatorium ad agendum quàm certificatio, & vt loquũtur, notificatio ad peragendam pignoris venditionem: in eóque errant valde qui, quod ſcriptum eſt *in d.l.debitores*, ne cum Bartolo ſentiant, ſic interpretãtur acſi reſtringendum ſit ad vnum illum caſum, quo conuenerit inter debitorem & creditorem ne pignus diſtraheretur, vt *in d.l.4. D.de pignor.act.* quod ſanè non ita eſt. Generaliter enim lex loquitur, nec vllum in lege tota verbum eſt, ex quo poſſit conijci de hoc potiùs caſu ſenſiſſe Imperatores, quã

de illo

de illo quo nulla pactio de pignore non distrahendo præcesserit : nisi fortè illud quod de denunciationibus in plurali numero lex loquitur, cùm vnica denunciatio possit sufficere, præterquàm eo demùm casu quo conuenerit ne pignus distrahi possit: quod cùm accidit, trina, vt diximus, denunciatione opus est. Verùm leuior hæc coniectura est, quàm vt mouere quemquam debuerit. Ideò enim de denunciationibus in plurali numero loquendum fuit, quia & de debitoribus in plurali numero Imperatores loquebantur. Cæterùm in vnius debitoris persona denunciatio vna sufficiet nec multiplex exigetur. Sed hæc obiter dicta sint, vt iam ad Bartolum redeamus.

ERROR TERTIVS.

De debitore conuento hypothecaria referente dominij quæstionem creditori.

IS ergo fatetur, & rectè idipsum, quod nos volumus, Creditorẽ agentem hypothecaria etiam contra ipsum debitorem probãdum habere dominium siue directum, siue vtile, aut saltem quasi dominium debitoris, nec sufficere vt alleget possessionẽ. Sed quod idem ait creditori allegãti dominium satis esse vt probet possessionem, non æquè probare possum, quia quod dici solet ex possessione probari dominium saltem præsumptiuè ad hanc speciem non pertinet, in qua sicuti dominium fundamentum est intentionis actoris, ita probari ab eo certè debet, nec præsumptiuè tantùm, sed etiam concludenter : licèt nolim negare posse minùs plenas dominij probationes hoc casu sufficere, quia non de dominio principaliter agitur in hypothecaria, sed incidenter : Alioqui si ratio illa bona est, quòd ex possessione præsumatur dominium, æquè dicendũ erit, posse hanc probationem possessionis sufficere, tametsi contra tertium possessorem hypothecaria exerceatur, quod tamen nec Bartolus, nec alius quisquam dixit. Quare nec ratione hac mouetur Bartolus, sed illa sola quæ à nobis iam relata est, quòd debitori non sit permittendum, vt creditori suo referat quæstionem dominij, vt neque potest creditor eam referre suo debitori pignoratitiam proponenti. Quæ tamen ratio nec ipsa multò melior est. Tunc enim prohibetur reus actori referre quæstionẽ dominij cùm ex contractu suo conuenitur, siue conductionis & locationis contractus ille sit, vt *in l. si quis locationis* 25. *C. de locat.* siue depositi, aut commodati *l. cõmodare* 15. *D. cõmod.* siue etiã pignoris *d. l. si pignore* 22. *§. si prædo, & §. si creditor D. de pignor. act.* At cùm debitor conuenitur hypothecaria licèt ob factum & contractum suum conueniatur, non tamen ex contractu conuenitur, sed tanquã possessor, nec alio iure quàm quo alius possessor quilibet conueniretur, actione scilicet in rem, non in personam, qualis vtique esset illa, quæ daretur ex cõtractu. Nihil ergo vetat quominùs debitor creditori referre possit quæstionẽ dominij, cùm hypothecaria conuenitur. Nam & illi ipsi quos constat dominij quæstionem referre non posse si tamen rei vindicatione conueniantur, vt puta conductor, commodatarius, depositarius, creditor & aliæ huiusmodi personæ, dominij quæstionem referre non prohibentur, cùm fieri nequeat vt in iudicio vindicationis alius obtineat, quàm

qui sit & probetur dominus, vt idem Bart. fatetur *ad d.l. accommodare & seq. ff. commod.* Quidni ergo debitor quoque conuentus à creditore hypothecaria referre poterit dominij quæstionem creditori suo hypothecariam exercenti? in eóque nimirum differentia magna est, quam fingit Bartolus se non videre, inter pignoratitiam actionem quæ debitori competit aduersus creditorem soluto debito, & hypothecariam quæ creditori aduersus debitorem ad solutionem debiti consequendam. Pignoratitia enim competit ex contractu, ideóque non potest impediri ab eo qui contraxit. Hypothecaria verò licèt non nascatur sine præcedente pignoris conuentione, præterquàm iis in casibus in quibus placuit pignus vel hypothecam tacitè contrahi, non tamen immediatè nascitur ex contractu, sed ex hypotheca per contractum inducta, quæ rem ita afficit, vt etiam contra eum qui non contraxit, perinde hypothecaria exerceri possit, atque contra eum ipsum qui contraxit. Vnde fit vt quemadmodum par & æquale ius habet creditor ad instituendam hypothecariam aduersus quemlibet rei obligatæ possessorem, *ita* æquo & pari iure vinci debeat, siue aduersus debitorem ipsum agat, siue aduersus tertium, si dominij quæstio ei referatur: cùm dominij causa in necessarium antecedens præcedat causam pignoris. Quamuis vbi semel pignus rectè ac vtiliter constitutum est, nihil habeat cum iure dominij commune *l. 1. §. cùm prædium ff. de pignor.* Id enim est quod Papinianus dicebat *in l. insto 44. §. non mutat ff. de vsucap.* pignoris persecutionē nulla dominij societate coniungi, sed sola conuentione constitui, ob idque nec perimi vsucapione. Dices fortassis, eum qui ipse conuenit de pignore tanquàm dominus cùm non esset, improbè resistere, quominùs hypothecaria actio contra eum moueatur, cùm ita fiat vt ex mendacio suo arguatur, quomodo Paulus ratiocinatur *in l. rem alienam 41. in fi. D. de pignorat. act.* Sed respondeo, posse hanc rationem eo demùm casu procedere, quo is qui antequàm dominus esset, conuenit de pignore, posteà conuenitur hypothecaria eo tempore quo iam factus sit dominus, qui casus est de quo Paulus tractat eo loco, nec tamen habet rationem illam pro bona nisi tùm demùm cùm tria ista concurrunt vt qui conuenitur & debitor sit, & dominus, & conuenerit de pignore: & rursum his quoque omnibus concurrentibus, hactenus habet eam pro bona vt det creditori vtilem duntaxat hypothecariam, non etiam directam. Cæterùm si quid desit vel vnum ex tribus supradictis, non patitur Paulus vt hypothecariam exercere possit creditor, ne quidem vtilem, nec si debitor, & dominus sit is, qui tanquàm possessor pignoris conuenitur, quoniam, inquit, non sufficit ad inducendam vtilem hypothecariam eundem esse dominum, qui etiam pecuniam debet, si non illud quoque, supple, interueniat, vt idem ipse conuenerit de pignore. Quanto minùs ergo sufficiet eundem esse debitorem & conuenisse de pignore, si non etiam illud concurrat vt idem ille sit dominus rei obligatæ, illo nimirum tempore quo conuenitur? Potest igitur debitor conuentus hypothecaria referre quæstionem dominij creditori, non quidem vt neget se dominum fuisse tempore cōuentionis, si fateatur se dominum eo tempore quo conuenitur, ne ex suo arguatur mendacio, sed vt possit negare se dominum esse tum cùm per hypothecariam conuenitur, licèt non eo minùs verum sit eum & debere, & de pignore conuenisse. Ac proinde non est bona ratiocinatio Bartoli, concludentis Posse sufficere creditori agenti hypothecaria contra debitorem vt probet possessionem solam ad probandum dominium, quòd debitor quæstionem dominij referre creditori non possit.

ERROR

ERROR QVARTVS.

Qualis dominij probatio neceſſaria ſit creditori agenti hypothecaria.

VERVM hoc ipſum quod nos cum Bartolo dicimus & omnes ferè habent pro vero, agenti hypothecaria creditori neceſſariam eſſe probationem dominij, vereor ne aliter intelligi debeat, quàm vulgò intelligatur, vt verũ videri poſſit. Nam cùm duplex ſit in libris noſtris dominij differentia, vnius quod Quiritiarium, alterius verò quod bonitarium appellatur, vt ſæpiùs docuimus ex Vlpian. *in Fragment. tit. 19. de acquiſit. rer.* Non puto verum eſſe quod vulgò creditur, cogendum creditorem vt probet fuiſſe debitorem rei obligatæ dominum iure Quiritium, ſed ſufficere vt probet fuiſſe rem in bonis debitoris, quod ipſum nihil niſi bonitarium dominium eſt. Sic enim loquitur Caius noſter *in d. l. & quæ nondum 15. §. quod dicitur D. de pignor.* poſt Papinianum *in l. 3. eod.* Creditorem probare debere, rem in bonis debitoris eo tempore fuiſſe quo pignus contrahebatur. Itémque Imperatores *in l. cùm res 5. & l. quæ prædium 6. C. ſi alien. res pignor. dat. ſit.* Quod Marcianus *in l. ante omnia 23. D. de probat.* ſic expreſſit, vt dixerit, illud quoque probare creditorem pleniſſimè & implere debere, rem pertinuiſſe ad debitorem eo tempore, quo conuenit de pignore, aut quo ex eius voluntate hypotheca data ſit. Ad nos enim res pertinet quæ in bonis noſtris eſt, licèt dominium eius non habeamus: quo nomine Quiritiarium potiùs quàm bonitarium apud Iureconſultos ſignificatur, quoties ſimpliciter profertur, quòd dominij bonitarij nomen magis prætorium ſit, quàm ciuile. Potuit enim Prætor facere rem in bonis alicuius, at dominum facere non magis potuit quàm facere legem, cuius authoritas neceſſaria eſt ad dominium transferendum, vt Vlpianus ſupradicto loco ſcribit, & Iuſtin. *in §. quos autem Inſt. de bonor. poſſ. iunct. §. vlt. Inſt. de hæred. qualit. & differ.* Rem námque in bonis ſuis habere intelligitur, quiſquis aut eam poſſidens habet exceptionem, aut amittens habet actionem ad eam recuperandam *l. rem in bonis 52. de acquir. rer. domin.* Vnde eſt quod habet iuris regula, id quod euincitur non eſſe in bonis *l. quod euincitur 190. de regul. iur.* Atqui ſolius Prætoris eſt & actionem dare & exceptionem, nec minùs cùm actio ciuilis eſt quàm cùm prætoria, nam & ciuiles actiones dat aut denegat Prætor tanquàm miniſter & viua vox iuris ciuilis, poteſt igitur Prætor facere vt res aliqua ſit, vel non ſit in bonis: Quod cùm facit, equidem hoc ipſo facit dominum eum in cuius bonis res eſſe incipit *l. ſi finita 15. §. Iulianus D. de damn. infect.* ſed facit ſuo modo, id eſt, quantum poteſt, ac proinde bonitarium duntaxat dominum, vt ſic loquamur, non etiam quiritiarium: talem denique qui dominus dici abſolutè non poſſit, ſed quem potiùs ei opponere debeamus qui verè dominus eſt, quaſi non ſit & ipſe dominus *l. 2. §. 1. D. ſi ex noxal. cauſ. agat l. qui vſumfructum 3. ff. ſi vſu fr. pet. l. pranuis 75. ff. de iur. dot.* Ex quibus iam facile eſt intelligere quam rationem habeat quod nos dicimus: Sufficere creditori vt probet rem obligatam in bonis fuiſſe debitoris eo tempore quo pignus contrahebatur: nempe quoniam actio ipſa hypothecaria prætoria eſt, non ciuilis, nec tantùm hypothecaria, quæ & quaſi Seruiana, ſed & Seruiana ipſa. *§. item Seruiana Inſt. de action.* Quidni ergo Prętor ei dabit hypothecariam, qui debitoris ſui dominium bonitarium probare poſſit? cùm dominum

Digitized by Google

cum effectu,id est:cum omnibus dominij vtilitatibus coniunctum: ita vt hodiè verum sit nec dominium bonitarium vllum esse,seiunctum scilicet à quiritiario:nec quiritiarium dominum esse quemquam, qui rem in bonis non habeat. Consequenter parum aut nihil hodie refert, an dicamus, Agentem hypothecaria creditorem probare debere,in dominio,an in bonis debitoris rem fuisse, dummodò eam propositionem intelligamus de dominio,quod hodie vnicum est,id est,per quod fiat vt res sit etiam in bonis debitoris. Cæterùm ne huiusmodi distinctionibus & duplicis dominij & duplicis iuris veteris scilicet ac noui indigeamus,longè melius est vt eam loquendi rationem retineamus,quæ antiquis prudentibus familiaris fuit,& quæ non minùs hodie vera est quàm olim:Hactenus onerandum creditorem, vt probet in bonis debitoris rem fuisse. Nihil enim à Iustiniano aut alio vllo Imperatore fuit immutatum, quod ad hoc vt res in bonis alicuius esse incipiat, sed tantùm quod ad dominiorum nomina, causásque pertinet, ijdémque penitus modi sunt hodie qui olim fuerunt faciendi rem in bonis, at non etiam acquirendi dominij.Nam cùm olim sex tantùm modis ab Vlpiano relatis *d. tit.* 19.acquirerentur dominia,Traditione,Vsucapione,Mancipatione,Cessione, Adiudicatione in iure, & Lege, tot sunt hodiè modi acquirendi dominij etiam quiritiarij, quot olim fuerunt acquirendi bonitarij: qui porrò fuerunt varij,nec certo vllo numero constricti, tanquàm qui pro arbitrio Prætorum ex ipsorum edictis & iurisdictione inducerentur.

ERROR SEXTVS.

De sententia & ratione l.si ab eo 18.*ff.de pignor.& l.rem in bonis* 51.*ff.de adquir.rer.dom.*

QVÆ cùm ita sint non abs re quis miretur,quam rationem habeat,quod Paulus scribit *in l.si ab eo* 18.*ff.de pignor.* Si ab eo, qui Publiciana vti potuit quia dominium non habuit pignori acceperim, sic Prætorem tueri me per Seruianam, quemadmodum debitorem tuetur per Publicianam. Cùm enim ea Pauli sententia esse videatur vt creditori hoc casu non tam hypothecaria saltem directa competat, quàm quasi hypothecaria,quomodo Bartolus quoque ad eum locum rectè interpretatur,Quæro,Cur non directa detur si sufficiat probari rem fuisse in bonis debitoris? nam si rem in bonis habere dicitur quisquis eius nomine habet actionem, vt suprà diximus *ex d. l. rem in bonis*, an non dicendus est debitor in bonis habere rem illam cuius nomine habeat Publicianam? Sed respondendum est, nec insubtiliter meo iudicio,neque ideò dari Publicianam bonę fidei emptori,quod rem bona fide emptam in bonis suis habeat,neque rursum ideò videri eum rem illam in bonis habere,quòd eius nomine habeat Publicianam.Etenim cùm Publicianam is demum possit exercere qui rem à non domino emit, si præterea illud concurrat vt euenerit bona fide,apparet non posse fieri vt qui agit Publiciana rem illam in bonis habeat,cùm nulla iuris parte possit dominium quod diximus bonitarium ad eum pertinere,qui à non domino causam habet,id est ab eo qui neque bonitarius quidem dominus fuit,non magis quàm quiritiarius.

Digitized by Google

Poſſeſſionem enim ab eo vel habitam, vel tranſlatam eſſe vult prætor, qui ſaltem in bonis rem habuerit, vt incipiat res in bonis eius fieri qui poſſeſſionem accipit. Siquidem id perpetuò Prætor obſeruat, vt nunquam niſi intercedente poſſeſſionis tranſlatione dominus quis fiat bonitarius, Poſſeſſionis autem tranſlatio tum quoque cùm fit ex cauſa habili aptáque ad transferendum dominium non plus iuris transferre in accipientem poteſt, quàm fuerit penes tradentem. *l. traditio* 20. *D. de acquir. rer. domin.* In eóque maximè differebat olim dominium bonitarium à Quiritario, quod Quiritariũ ſola legis poteſtate citra vllã traditionẽ transferri poterat, & hodie quoq; poteſt puta in hæreditatibus & legatis *l. 1. in fi. l. 2. & 3. D. de public. in rem act. l. cùm hæredes* 23. *D. de acquir. poſſ.* At bonitarium à Quiritario ſeparatum nec olim poterat, quia legis poteſtatem non habebat Prætor *d. §. quos autem Inſt. de bonor. poſſeſſ.* nec hodie poteſt, non ſolùm quòd eadem ſuperſit ratio iuris veteris, ſed etiam quia tale hodie nullum eſt. Dixi *bonitarium à quiritario ſeparatum*, quia ſi de eo bonitario agas quod poſt ſupradictam Iuſtiniani conſtitutionem quiritiarium dici poſſit. id eſt à quo nullum aliud dominium ſeiunctum ſit, quod quiritiarium ſeparatim dici debeat, poteſt hodie acquiri ſine traditione ſi inde incipiat vnde olim quiritiarium incipiebat, id eſt à poteſtate *legis*, vel alterius conſtitutionis, quæ parem legi vim habeat, non etiam ſi vnde incipiebat olim dominium quod ab initio erat bonitarium, quamuis poſſet aliquando degenerare in quiritiarium. Erat enim id quoque perpetuum, vt qui à Prætore coſtitutus fuerat dominus bonitarius in quiritiarium tandem euaderet, ſi per legitima vſucapiendi tempora rem poſſediſſet *d. l. ſi finita* 15. *§. Julianus D. de damn. infect.* iunct. *l. prætoris* 5. *in princip. eod. tit.* vbi tamen corruptã eſſe vulgarem lectionem arbitror, ſicque reſtituendam vt legamus: *Prætoris officium eſt vt miſſus in poſſeſſionem etiam per longi temporis ſpacium, iuſtum dominium capere poſſit.* Iuſtum enim dominium per vſucapionem acquiritur propter concurrentem legis poteſtatem, non etiam cùm ſola Prætoris autoritas interuenit, quod fit in bonitario ſolo conſtituendo. Nec aliud videtur feciſſe Iuſtinianus *in d. l. vnic. C. de nud. iur. Quirit. tollend.* niſi quod domino bonitario remiſit neceſſitatem implendæ vſucapionis, dato ei ſtatim iure dominij quiritiarij, quod olim niſi completa demum vſucapione habere non potuiſſet: vt quemadmodum deſinebat olim dominus eſſe quiritiarius is, qui antea fuerat, ex quo nimirum bonitarius compleuerat vſucapionem, ita confeſtim hodie, nullóque lapſu temporis expectato fiat ipſo iure quiritiarius, quiſquis ante illam Iuſtiniani legem bonitarius tantùm futurus erat citra vſucapionem. Nihil enim erat olim quod Quiritiarij dominij ius poſſet extinguere, præterquàm ſi alius iam bonitarius ex bonitario quiritiarius factus fuiſſet, cùm duo eiuſdem rei domini quiritiarij in ſolidum non magis eſſe poſſent, quàm duo bonitarij. Ergo qui à nõ domino emit licèt bona fide, bonitarius dominus ex ea venditione fieri nullo modo poteſt, quoniã ex quib. cauſis per traditionem factam iuſto titulo præcedente dominium quiritiariũ acquiri nõ poteſt, ex iis nec bonitariũ quoque acquiritur, cùm in hoc vno differat dominium bonitariũ à quiritiario, quantum ad cauſam acquirendi pertinet, quòd quiritiarij titulum iuſtum eſſe oportet, bonitarij verò nõ iuſtum, & legitimum, ſed prætorium, id eſt minùs legitimum, eſſe ſufficit, nec legibus cognitum eſſe neceſſe eſt, *d. l. 3. D. ſi vſusfr. pet.* Poteſt tamen hic qui à non domino emit fieri dominus quiritiarius, ſed intercedente demùm vſucapione non

Digitized by Google

ne non aliter. Ideóque tametsi viderit Prætor dignum eum fauore aliquo si bona fide emerit, & actione aliqua contra extraneos possessores adiuuandũ si possessione sua citra factum suum ceciderit, non aliter tamen ei succurrere potuit quàm inducto auxilio actionis Publicianæ, quæsitóque actioni colore quasi rem illam possessor iam vsucepisset, quam tamen reuera cœperat duntaxat vsucapere *§. namque Inst. de action.* Quo colore nil opus erat, si putasset Prætor, Esse rem in bonis eius qui Publiciana experiri vellet. Habent enim suo iure omnes domini bonitarij rei vindicationem, nec tantùm vtilem, sed etiam directam, quæ vt competat satis est actorem dominum esse iure gentium, licèt non sit iure ciuili *l. in rem 23. D. de rei vindic. d. l. doce 9. C. eod.* iunct. *d. l. quamuis 75. D. de iur. dot. l. communi 7. §. planè si iam damni infecti D. commun. dimid.* Cùm possit quilibet vindicare id quod suum potest dicere, vt contrà, Nemo suum dicere potest quod vindicare non possit, *l. Quintus 27. §. argento D. de aur. & argent. legat.* Dominus autem fit iure gentium quisquis accipit rem à domino tradente illam animo transferendi dominij, licèt titulus iustus id est iure ciuili habilis ad transferendum dominium quiritiarium nullus præcedat, Cùm nihil sit tam naturale quàm voluntatem domini rem suã in alium transferre volentis ratam haberi *vulg. l. qua ratione 9. §. hæ quoque res D. de acquir. rer. domin.* Et consequenter pro domino iure gentium haberi debet saltem apud Prætorem quisquis accipit rem aliquam à Prætore factum domini repræsentante vt contingit in specie *d. l. 15. §. Iulianus D. de damn. infect. & dict. l. 2. in fin. D. si ex noxal. cauf. agat.* Denique quisquis rem quæ antea fuerat aliena in bonis suis habere incipit, quem nos bonitarium dominum appellamus: Ac proinde danda est huic vindicatio, & quidem directa quæ domino cuilibet accommodatur: Publiciana verò non directa sed vtilis vindicatio est, quia nec habet pro causa veram vsucapionem, sed quasi vsucapionem ex prætoria fictione, ob æquitatem & vtilitatem publicam introducta. Ex quo intelligimus non esse bonam consecutionem affirmatiuè, vt res omnes quarum nomine, vel actionem, vel exceptionem aliquam habemus, continuò sint in bonis nostris, sed negatiuè tantùm, vt Quarum rerum nomine nec actionem nec exceptionem habemus, eas nec in bonis esse nostris dicere possimus. Atque ita haud dubiè intelligendum est quod scribit Iurec. *in d. l. rem in bonis.* Alioqui fatendum esset eum qui Publiciana experitur habere in bonis suis rem illam de qua agit: quod si ita esset hoc ipso directam vindicationem habere deberet, neque vtili, hoc est Publiciana indigeret, quam sanè Prætor dat non quia res quæ vsucapitur empta à non domino sit in bonis vsucapientis ante completam vsucapionem, sed quasi sit in bonis & vero dominio, id est, etiam quiritiario, tametsi reuera nec in dominio, nec in bonis vllo modo sit. Neque verò existimandum est, quemadmodum sine possessione dominium bonitarium numquam acquiritur, ita è contrario quoties possessio acquiritur etiam dominium bonitariũ acquiri. Exigitur enim illud præterea vt rei traditio, possessionisq; trãslatio fiat à domino, aut saltem à magistratu domini vices supplente, & quidem ea mente vt res fiat in bonis accipientis, quod & ad Publicianam requiritur, *l. quæcunque 13. §. 1. in fin. D. de public. in rem act.* Nam nec Publiciana potest alij dari quàm qui possederit *l. sine autem 9. & pass. eod.* licèt sufficiat vel momento possedisse *l. cùm sponsus 12. in fin. eod.* Si excipias eum cui ex Trebelliano restituta est hereditas nudo verbo *§. 1. eiusd. leg.* quia qualiscunque restitutio,

Digitized by Google

dummodo ex Trebelliano, ſufficit vt res omnes hereditariæ fiant in bonis fideicommiſſarij *l. facta 63. in princip.* iunct. *l. reſtituta 37. D. ad SC. Trebell.* In quo maior eſt poteſtas Senatuſconſulti quàm iuris prætorij, quia & propiùs accedit ad legem *§. quos autem De bonor. poſſ.* Denique ſemper latiùs patet poſſeſſionis nomen & cauſa, quàm dominij, ſiue bonitarij, ſiue quiritarij: aut quaſi dominij, quia facilius eſt vt poſſeſſio & acquiratur, & amittatur, quàm dominium aut quaſi dominium: Ergo ſi is qui rem alienam bona fide emerat cùm eſſet in curſu vſucapiendi, ac proinde Publiciana experiri poſſet, rem illam interim pignori dederit, non poteſt ipſo iure valere datio pignoris, quia verum eſt non fuiſſe rem in bonis debitoris eo tempore quo dabatur pignori: ſed tamen, quoniam illud quoque verum eſt, datam fuiſſe ab eo cui Prætor non denegaret Publicianam, vtilémque rei vindicationem eo colore quaſi rem illam in bonis haberet, adeóque in dominio quiritario, id eſt quaſi vſucaptam, omnino conſequens eſt vt creditorem cui ea res pignori data eſt, perinde tueri debeat Prætor data ei Seruiana actione, atque ipſius autorem eundémque debitorem per Publicianam tueretur. Quæ ratio & ſententia eſt *d. l. ſi ab eo 18. D. de pignor.*

ERROR SEPTIMVS.

De ratione & ſententia l. ſi inter 21. §. 1. D. de pignor.

EADEM ferè Vlpiani ſententia eſt *in l. ſi inter 21. §. 1. eod. tit. de pignor.* vbi ait, Si debitor ſeruum quem à non domino bona fide emerat, & pignorauit, teneat, Seruianæ locum eſſe. Ratio enim dubitandi non alia erat, quàm quæ *in d. l. ſi ab eo*, quòd data eſſet res pignori ab eo, qui non habebat illam in bonis: Decidendi verò, quòd non minùs tuenda ſit ea pignoris conuentio per Prætorē, quàm ſi à domino facta eſſet, cùm facta ſit ab eo quem Prætor quaſi pro domino habuit, & cui tanquam domino vindicationem vtilem, id eſt Publicianam fuerat conceſſurus. Dices non poſſe in hac ſpecie tractari de Publiciana, cùm debitor ipſe idémque bonæ fidei emptor, rem teneat. Cōpetit enim Publiciana bonæ fidei emptori contra extraneum poſſeſſorem, nunquam verò ei qui ipſe poſſidet, vt neque vindicatio aut alia in rem actio *§. 1. Inſt. de action. l. quæcunque 13. in princip. & paſſ. D. de Publician. in rem act.* Reſpondebo, Ob id nimirum non ſic Vlpianum ſcribere, quomodo ſcribit Paulus *in d. l. ſi ab eo*, vt dicat, ita tuendum eſſe hoc caſu creditorem per Seruianam, quomodo debitorem ipſum tueretur per Publicianam, ſed hoc tantùm ait, Seruianæ locum eſſe. Qua igitur ratione? Nempe quia perabſurdum eſſet difficilius dari à prætore actionem creditori aduerſus debitorem, qui ipſe conuenerit de pignore, quam daturus eſſet contra tertium quemlibet poſſeſſorem. Vt enim Seruianam habere creditor poſſit, ſufficit datam fuiſſe rem pignori ab eo qui Publiciana experiri poſſet ſi non poſſideret, nec illud etiam requiritur, vt Publicianam habere poſſit, ſi aliud nihil impediat, niſi quia poſſidet, cùm hoc ipſo quod poſſidet plus iuris habeat quàm ſi non poſſideret, quantò plus autem iuris habet in ea re aut in eam rem quam pignori dedit, tantò magis faucndū eſt creditori qui ab eo cauſam habet, omnium maximè verò ſi contra debitorē ipſum experiatur: qui ſanè dolo facit ſi agenti Seruiana creditori

Digitized by Google

ditori obiiciat exceptionē non dominij quæ ſolet Seruianæ obiici, nō minùs quàm dominij exceptio Publicianę *l.pen.& vlt.ff.de Public.in rem act.* Idque eſt meo iudicio quod addit idē Vlpianus in *d.l.ſi inter §.1.* iis verbis: *Et ſi aduerſus eum agat creditor, doli replicatione exceptionē eludet:* Quam enim aliam exceptionē creditori obiicere poſſet debitor? Contrà verò, exceptio dominij quæ obſtat Publicianæ, obſtat etiam Seruianæ, ſed eo demum caſu quo obſtaret etiam Publicianæ, id eſt ſi nonemptor ipſe bonæ fideī, idémque debitor, ſed extraneus poſſeſſor conueniretur: ſcilicet alius quàm debitor, ſed qui tamen dominus eſſet, fuiſſétque iam eo tempore, quo pignus dabatur. Illud tamen mirum videtur quod Vlpianus *in d.l.ſi inter §.1.* non de alio loquitur quàm de eo qui bona fide à non domino emerit. Nam cùm de Seruiana tantùm tractet, non etiam de Publiciana, ipſo ſcilicet debitore poſſidente, nec minùs dolo malo faciat debitor qui excipit de non dominio aduerſus creditorem cui rem alienam mala fide emptam pignorauit, Quid attinebat ponere emptam rem à non domino bona fide? Aut cur non dixit Vlpianus, illo etiam caſu quo pignori data ſit aliena res à malæ fidei emptore perinde repellendam eſſe doli replicatione debitoris exceptionem ſi excipiat pignus à non domino nec rectè conſtitutum eſſe? An fortè fauorabilior eſt debitor, qui mala fide emit, aut odioſior creditor, qui vtroque caſu deceptus accepit bona fide pignori eam rem, quam putabat eſſe debitoris? Sed reſpondendū eſt ad id reſpexiſſe Vlpianū, quòd licèt vtroq; caſu dolo malo faciat debitor qui excipit de non dominio aduerſus propoſitā Seruianam, prius tamē eſt vt Seruianæ locus ſit, quàm vt vel de exceptione non dominij, vel de doli replicatione tractari poſſit, ſiquidem quemadmodū replicatio omnis præſupponit exceptionem aliquam præcedentem, ita omnis exceptio actionem *l.1.D. de except.* Atqui Seruianæ actioni locus nullus eſſe poteſt cùm res aliena pignori data eſt ab eo qui mala fide illam emerat: Non quia hoc caſu nec locus ſit Publicianæ (nam neque locus eſſet, tametſi debitor bona fide comparaſſet. Cùm ponamus debitorem ipſum poſſidere) ſed quia caſus talis eſt, in quo nec ſi nō poſſideret debitor, Publicianam tamē habere poſſet, quippe quā certū ſit ſoli bonæ fidei emptori competere poſſe, ſicut & ſolus ille pro emptore poteſt vſucapere, qui bona fide comparauit. Vt ergo re aliena pignori data Seruianæ locus eſſe poſsit, nō ſufficit acceptum fuiſſe bona fide pignus à creditore, quod ipſum tamen neceſſarium ideò eſt, quia non ſit dignus creditor ſi rem alienam ſciens pignori acceperit, quem Prætor per Seruianā tueatur, ſed illud prætereà requiritur vt debitor qui pignus dedit, bonæ fidei emptor fuerit, & talis qui Publicianam aduerſus extraneum quemcunque poſſeſſorē habere poſſet ſi non ipſe poſſideret, quoniam creditori perſequenti pignus rei alienæ non aliter Prætor Seruianam accommodat, quàm ſi pignus acceperit ab eo qui Publiciana vti potuit. Non dico *qui Publiciana vti nunc poſſit* nec enim vti poteſt qui ipſe poſſidet, ſed *qui vti potuit*, ſi fortè poſſeſſionem aliquomodo amiſiſſet. Quod enim bonæ fidei emptor idémque poſſeſſor Publicianam exercere non poteſt, non fit defectu iuris, ſed defectu materiæ, quia non habet eo caſu actio de qua re, nec contra quem proponatur. Ex quo intelligimus, quàm verum ſit, quod nos diſputauimus in præcedentibus, nunquam ſufficere creditori Seruianam exercenti etiā aduerſus ipſum debitorem, vt probet poſſeſſionem debitoris, ſed illud quoque neceſſarium eſſe, vt probet debitorem habuiſſe rem illam in bonis, aut ſaltem

in ea causa fuisse illum vt Prætor vtilem ei actionem in rem & vindicationem, vt puta Publicianam daturus fuerit si amisisset ille possessionem : non quia res illa in bonis debitoris vllomodo fuerit, sed quasi fuerit, nec solùm in bonis, sed etiam in dominio quiritiario per vsucapionem acquisito, quemadmodum explicauimus. Quid? An non saltem hodie post inductam ex Prætoris edicto Publicianam admittendum erit, in bonis debitoris verè esse rem illam cuius nomine non modò actionem aliquam habeat, sed etiam vtilem rei vindicationē, quasi dominus? vt proinde valeat ipso iure datio pignoris, si bonæ fidei emptor rem à se emptam pignori dederit, nec speciali vlla Prętoris tuitione opus sit ad huiusmodi pignus defendendum. Minimè verò. Non tam enim inspiciendum est, quòd Publiciana hoc casu competat, quàm quo iure aut potius colore competat. Portò non eo iure datur quòd ea res sit in bonis actoris, sed eo colore tantùm quasi sit iam vsucapta & consequenter quasi sit non solùm in bonis, sed etiam in dominio quiritiario vsucapientis. Vnde est quod nec aliter competere Publiciana vel dari potest, quàm si præcedat causa aliqua iusta dominij acquirendi *d. l.quæcunque.* id est talis quæ esset habilis ad transferendum per traditionem dominium, si traditio à vero domino facta proponeretur, vt explicat & subiungit Caius ibid. dummodò illud etiam addas vt res talis sit quam neque lex, neque constitutio alienari prohibeat, quia his casibus neminem tuetur Prætor, ne contra leges faciat *l.cùm sponsus* 12. *§.si res talis sit eod. tit.* Non ergo potest facere Publiciana, vt res bona fide empta videri debeat esse in bonis emptoris, cùm è contrario supponat non esse, & ob hoc ipsum sit necessaria quoniam directa vindicatio competere non potest bonæ fidei emptori rem illam in bonis non habenti.

ERROR OCTAVVS.

De oppigneratione prædij vectigalis vel emphyteuticarij vel superficiarij.

PRÆDII siue vectigalis, siue emphyteuticarij, vel superficiarij alia ratio est, quàm sit fundi bona fide comparati cùm de iure pignoris quæritur. Vectigalem enim fundum & emphyteuticarium ita posse pignorari vt valeat ipso iure pignus, tanquàm rectè constitutum, apparet ex responso illo Scævolæ celeberrimo quod extat *in l.lex vectigali fundo* 31. *ff. de pigner.* & apertiùs Paulus noster *in l.tutor* 16. *§.vlt.ff.de pignor.act.* scribit Etiam vectigale prędium pignori dari posse: quo sanè verbo potestas iuris ciuilis non auxilium subsidiarium Prætoris significatur, cùm pignoris obligatio sit ciuilis & iusta, id est, iuri ciuili ac legibus cognita, quamuis non sit habilis ad dominium transferendum *l.quæcunque* 13. *§.1. ff. de Public.in rem act.* Nec quòd actio Seruiana vel quasi Seruiana, quæ pro pignoris persecutione datur, vnde & pignoratitia interdum appellatur, sit prætoria, ad rem facit. Nam cùm pignus propriè sit, quod manente proprietate debitoris solam possessionem transfert ad creditorem *l. cùm & sortis* 35. *§.1 ff.de pignorat.act.* in quo maximè differt ab hypotheca, quæ tùm contrahi dicitur, cùm nec possessio transit ad creditorem *l.si rem alienam* 9. *§.propriè eod.tit.* Non putauerat ciuilis legislator necessariam esse actionem vllam creditori pignoratitio, quia siue is possideret, nulla ei posset actio in rem competere, ex regula *§.æquè Inst. de action. & l.1. §.interdictum autem ff. vti possid.*

possid. Siue possessionem casu aliquo aut ex iniusta causa amisisset, haberet vtique interdicta ordinaria ad eam recuperandam, quippe quæ certum est competere pignoratitio creditori cuilibet, tanquàm sibi & ad propriam vtilitatem possidenti in omnibus, præterquàm quod ad causam vsucapionis *l. serui nomine 16. ff. de vsucap.* In quo plus iuris habent creditores pignoratitij quàm qui à prætore custodiæ tantùm causa in possessionem missi sunt, quia isti non possident *l. 3. §. creditores ff. vti possidet.* Bene tamen vidit Prætor vtilius fore si actio aliqua de pignore daretur, non solùm si quo casu creditor possessionem pignoris amisisset vt *in l. si creditor 28. ff. de pignorat. act.* Sed etiam si contentus pignoris conuentione creditor possessionem in se pignoris transferri non curasset, quo casu non pignus sed hypotheca contracta esset, cùm facilius esset creditori pacisci de pignore, quàm eius possessionem sibi acquirere: Contrahitur enim hypotheca per nudum pactum conuentum, quod etiam inter absentes & de re absente fieri potest *l. 4. D. de pignor. l. 4. D. de fid. instrum.* iunct. *l. 2. ff. de pact. l. qui autem 14. §. vlt. ff. de const. pecun.* At possessio sicuti non potest transferri quin traditio intercedat, aut quid aliud æquipollens quod sit traditionis vice, ita nec nisi inter præsentes & rei præsentis, siue à pedibus: siue à sedibus dictam eam velis, ideóque Seruianam & quasi Seruianam actionem bene atque vtiliter induxit Prætor, quæ & hypothecaria idcirco appellatur, quòd pro hypothecis primùm non pro pignoribus introducta fuerit, quamuis potestas ipsius ad pignora quoque extendatur *§. item Seruiana Inst. de action.* Præsertim postquàm placuit inter pignus, & hypothecam nominis duntaxat sonum differre, vt scriptum est *in l. res hypothecæ 5. §. 1. ff. de pignor.* quod ad formulam scilicet hypothecariam, vt eius legis inscriptio demonstrat. Cùm igitur pignoris obligatio sit iusta, id est iuri ac legibus cognita, & habilis ad rem afficiendam citra vllum auxilium Prætoris, apparet id quod scriptum est *in d. l. tutor 16. §. vlt. de pignorat. act.* etiam vectigale prædium pignori dari posse, non aliter accipi debere quàm vt ea pignoris datio iure ipso subsistat, nec indigeat tuitione prætoria. Addit Paulus, sed & superficiarium prædium pignori posse dari, *quia*, inquit, *hodie vtiles actiones superficiarijs dantur.* Cuius rationis cùm sensus ille sit, vt non minus valeat hodie pignus prædij superficiarij quàm vectigalis, quòd hodie non minùs competat vtilis rei vindicatio pro superficie quàm pro vectigali fundo *l. in speciali 73. §. 1. & l. seq. ff. de rei vind.* Consequens videtur si bona ratiocinatio est, vt non aliud ius constitui debeat in ea re quam bonæ fidei emptor pignori dederit, siquidē perinde dat prætor bonæ fidei emptori vtilē in rem actionē, dando ei Publicianam quæ nihil nisi vtilis rei vindicatio est. Et tamen hoc ipsum est quod nos negauimus capite superiore, cùm probauimus pignus quod à bonę fidei emptore constitutum sit, non valere ipso iure sed indigere auxilio Prætoris vt defendatur, quia bonæ fidei emptor qui à non domino emit, nullo modo dici potest habere rem in bonis. Augetur dubitatio ex eo, quod idem Paulus scribit *in l. cùm spensus 12. §. in vectigalibus ff. de public. in rem act.* In vectigalibus & alijs prædijs quæ vsucapi non possunt, Publicianam nihilominùs competere si fortè bona fide mihi tradita sint: idémque esse etsi superficiariā insulá à non domino bona fide emero. His námque verbis innuit Paulus non obscurè difficilius esse, vt pro huiusmodi prædijs vectigalibus & superficiarijs Publiciana detur, quàm pro cæteris. Et sanè ita est. Cùm enim vsucapi non possint, vt lex ait, mirum est dari eorum nomine Publicianam, quam toties

Digitized by Google

diximus eo colore ſolo dari, quaſi res de qua agitur iam ſit vſucapta *l. ſiue autem 9. §. hæc actio eod. tit.* Qui ergo fieri poteſt, vt facilius recipi debuerit oppignoratio prædiorum vectigalium & ſuperficiariorum, quàm cæterorum pro quibus datur facilius Publiciana? Sed reſpondendum eſt, ideò plus iuris habere illum qui vectigalem fundum, vel ſuperficiarium à domino accepit, vt eius pignorandi ius habeat, quod non habet ſine prætoris auxilio is qui fundum à non domino emit, quamuis bona fide, quia & à domino ipſo ius habet, & tale ius habet quod nec ipſe dominus ei aufferre poſſit, dummodo vectigal aut tributum aut ſolarium ſoluatur *l. 1. & 2. D. ſi ager vectigal. petat. d. l. in ſpeciali 73. §. 1. & ſeq. ff. de rei vindic. l. 1. C. de fund. patrim. lib. 11.* Vnde fit vt quamuis per hæc genera contractuum non fiant domini, placuerit tamen, ex prudentum ſcilicet, vt arbitror, authoritate, competere ijs in rem actionem acſi domini eſſent, nec tantùm aduerſus extraneos poſſeſſores quoſlibet, ſed etiam aduerſus dominum ipſum *d. l. 1. in fin. ſi ager vectig.* Nempe quia negari non poteſt quin huiuſmodi prædia ſint in bonis poſſeſſoris, pro quibus nimirum habeant illi actionem in rem non ſolùm inuito domino, ſed etiam contra dominum, quod in prædijs bona fide emptis à non domino, non contingit *d. l. pen. & vlt. ff. de Publician. in rem act.*

ERROR NONVS.

De differentia fundi vectigalis & ſuperficiarij, & actionis quæ de fundo vectigali & eius quæ de ſuperficie datur.

IN quo tamen obſeruari vellem differentiam quam nemo obſeruat, inter vectigalem fundum, & ſuperficiarium. Nam quemadmodum in eo differunt quod vectigales agri non niſi ciuitatum agri ſunt & publici, ſuperficiarij verò ſunt priuatorum, itémque in eo quod vectigales ij maximè dicuntur qui in perpetuum locãtur, Superficiarij verò etiam qui ad tempus ſiue modicum, ſiue non modicum *d. l. 1. in princip. D. ſi ager vectig. l. cotem 11. §. 1. D. de publican. & vectigal. l. 1. §. quod ait Prætor D. de ſuperfic.* Ita & in hoc maximè, quòd actio in rem quæ datur vectigalis prædij poſſeſſori, directa in rem actio eſt, non vtilis, aut ſaltem ciuilis non prætoria, licet non tam ſummo iure, vt videtur competat, quàm recepto & à prudentibus conſtituto. Id enim eſt meo iudicio quod Paulus ſignificat *in d. l. 1. §. 1. ſi ager vectig.* ijs verbis *tamen placuit competere eis in rem actionem.* Placuiſſe enim prudentes noſtri ſimpliciter dicunt, quod vel prudentibus ipſis, vel Imperatoribus placuit, non quod Prætori, & ſimiliter competere actionem quæ ipſo iure competit, non quæ danda eſt à Prætore. At in rem actio illa quæ ſuperficiario accómodatur, non directa eſt ſed vtilis, nec ciuilis ſed prætoria *d. l. 1. D. de ſuperfic. dict. l. in ſpeciali 73. cum duab. ſeqq. D. de rei vindic.* ob idque nimirum non competere dicitur ſed dari *dict. l. 1. §. quod ait prætor dict. l. tutor 16. §. vltim. de pignorat. action. l. Prætor 75. D. de rei vindicat.* Ideò ſcilicet quòd numquam patitur ius ciuile vt ex contractu temporali dominium rei aut immutetur, aut afficiatur, adeóque nec vt res in bonis cuiuſquam fiat, ſed cauſam perpetuam requirit *l.*

1. vbi

Digitized by Google

1. vbi Cuiac. notat iunct. *l. quamuis 75 ff. de iur. dot.* Nec rursus vt dominium superficiei separetur à domino soli *l. numquam 26. ff. de vsucap.* Cur autem minùs frequenter detur superficies in perpetuam locationem quàm fundus vectigalis, ratio si quis eam quærat illa videtur adferri posse, quod ferè inutile solum esset abscedente semper vtilitate superficiei, quomodo solemus respondere cùm quæritur quare non sit perpetuus vsusfructus ciuitati relictus *l. an vsusfructus 56 ff. de vsufr. l. si vsusfructus 8. ff. de vsufr. legat.* Cùm tamen superficies necessariò soli causam & dominium sequatur non minùs naturali quàm ciuili ratione *l. 2. ff. de superfic.* Item quia contractus ille propemodum emphyteuticus esset non superficiarius, si quis priuatus solum suum alteri in perpetuum fruendum locaret quemadmodum esset fundus vectigalis, si qua ciuitas vel respublica contractum talem iniret, nec enim differunt penè in alio fundus vectigalis & fundus emphyteuticarius quàm quòd ille publicus est *d. l. item §. 1. & d. l. 1. si ager vectig.* hic verò priuatus, siue sit priuati hominis, siue fisci *d. l. 1. C. de fund. patrim. lib. 11.* Neque verò tam facile reperiebantur olim ex priuatis hominibus, qui vellent fundos suos in perpetuum locare, quousque Zeno contractum istum emphyteuticum induxit, certáque forma donatum voluit. ne quærendum esset vt anteà quærebatur inter Iureconsultos, an locatio illa dicenda esset, an venditio, an etiam societas *§. adeò Inst. de loc.* Cuius quæstionis effectus ille erat necessarius, vt qui talem contractum venditionem esse defendebant, non dubitarent quin ex eo cõtractu dominium etiam quiritiarium sicut ex alia venditione qualibet quam verus dominus fecisset, in accipientem transferretur, ideóque directam habere ipse deberet rei vindicationem, qui verò contendebant esse locationem tantùm, illi actionem in rem nullam accipienti accommodarent, sed tantùm personalem ex conducto aduersus locatorem, exemplo eius iuris quod in locata superficie ante prætoris edictum De superficiebus obtinuisse testatur Vlpianus *in d. l. 1. §. 1. ff. de superfic.* Cur enim contrahentes tam facilè genus illud contractus elegissent, cuius natura vel tum adhuc nulla erat, vel quænam esset ignorabatur? idque satis apertè Paulus docet *in d. l. 1. si ager vectig.* cùm ait, Vectigales fundos eos dici qui in perpetuum locantur, non vectigales autem eos qui à ciuitatibus dantur ita colendi, vt priuatim agros nostros colendos, inquit, dare solemus. Quibus enim apertioribus verbis potuisset exprimere, vix priuatum quemquam esse qui fundos suos in perpetuum det colendos. Vnde est vt ex tot prudentum reliquijs quæ in Pandectis extant, nullus supersit locus qui de iure emphyteutico, contractúque isto emphyteuticario loquatur, sed omnes sint vel de vectigalibus fundis, vel de superficiarijs, nisi quod Tribonianus respiciens ad Zenonis & posteriorum Imperatorum constitutiones addidit de suo, vt arbitror *in dict. l. cùm sponsus 12. §. in vectigalibus ff. de Public. in rem act.* verba illa *& alijs* credò vt bona emphyteuticaria comprehenderet, & accepit pro synonimis Agrum vectigalem & emphyteuticarium *in Tit. ff. si ager vectig.* id est, inquit, emphyteuticarius petatur. Vt à nobis iam obseruatum est *lib. 20. Coniect. capit. 11.* vbi multa scripsimus satis noua nec inelegantia de distinctione dominiorum bonitarij & Quiritiarij, itémque directi & vtilis, ac longè aliter quàm à cæteris interpretibus tractentur. Sed illud tamen malè, vt nobis nunc videtur, quod differentiam quam modò inter fundum vectigalem & superficiarium constituimus, nullam tunc agnoscebamus,

Quasi non minùs vtilis sit actio in rem quæ fundi vectigalis conductori datur, quàm quæ superficiario. Denique quasi vtraque sit prætoria, neutra ciuilis. Quod ne verum esse putem, mouet me illud primùm quod iam diximus à Paulo ita scriptum fuisse *in d. l. 1. §. 1. si ager vectig. placuit competere eis in rem actionem*: quæ verba si non probant necessariò esse illam actionem directam (nec enim nouum est vt vtilis actio aliqua sit, quæ tamen sit etiã ciuilis, fortè inducta authoritate prudentum ex sola æquitate cùm stricti iuris ratio deficeret, vt in *l. 2. §. item Varius vers. quamquam in fin. D. de aqua & aquæ pluu. arcend.* & in plerisque actionibus in factum de quibus in *tit. de præscr. verb.* licèt non quemadmodum actiones omnes in factum sunt subsidiariæ, siue ciuiles sint, siue prætoriæ, ita etiam vtiles omnes dici possint) Probant tamen optimè non esse prætoriam sed ciuilem. Neque enim vtiles actiones prætoriæ competere vnquam dicuntur sed dari, vt iam diximus. Directæ quidem prætoriæ possunt dici competere, scilicet ex edicto prætoris & ex ipsis verbis edicti, postquàm Prætor edixit se actionem ex ea causa daturum vt cernere est in Publiciana *l. 2. 3. 6. 9. 12. §. 2. l. 15. & pass. D. de public. in rem act.* sed vtiles prætoriæ non item. Nec rursus de directa prætoria quæ competeret ex edicto ita vnquam loquerentur Iureconsulti vt dicerent *placuit competere actionẽ*. Quid enim attineret quærere an placuisset prudentibus id ius quod Prætor edicto constituisset? Siquidem non à prudentum authoritate ius illud potestatem accipit, sed à magistratuum honore ac dignitate, vnde & prætorium & honorarium appellatur. Et hæc secunda ratio est quę me mouet, vt actionem hanc quæ pro vectigali fundo in rem competit, non putem dici posse prætoriam: quia nullum Prætoris edictum est quo huiusmodi actio vel deferatur vel promittatur: quæ tamen omnium minimè prętermittenda erat, si nulla iure ciuili competisset, cùm vectigalium fundorum ius in Romana republica & frequentissimum fuerit, & antiquissimum vt ex plerisque Marci Tullij & Titi Liuij locis constat. Puto quòd ad reipublicæ vtilitatem pertinere maximè crederetur, vt essent qui fundos publicos conducere in perpetuum vellent præstito annuo salario, quod reipublicæ perpetui lucri loco esset, ac in memoriam rerum aliquando pro republica bene ac feliciter gestarum. Quis verò ea lege voluisset accedere ad perpetuam fundorum publicorum conductionem si ius ita fuisset, vt eos fundos non magis in bonis, quàm in dominio suo conductores haberent, nullámque pro iis actionem in rem exercere possent? Etsi enim subnixi erant ciuili actione in personam ex contractu locationis, quomodo de superficiario scribit Vlp. *in l. 1. §. 1. de superfic.* Nemo tamen dubitat quin iis longè fuerit vtilius futurum, si possiderent ob eámque causam in rem agerent, quàm si in personam experirentur. Qua etiam ratione Vlpianus motum ait fuisse prætorem *in d. §. 1.* vt & interdictum proponeret & quasi in rem actionem superficiario polliceretur. Et verò si qua vlla alia prætorij edicti parte dedisset prætor actionem pro vectigali fundo, dedisset vtique eo ipso edicto quo actionem in rem De superficie pollicitus est, aut saltem quam edicto illo dedit actionem superficiario dixisset dare se ad exemplum illius quam de vectigali fundo anteà dedisset. At neutrum horum factum est, quia nihil commune aut simile habent hæ actiones, quarum scilicet vna ciuilis est, altera prætoria. Nec est improbabile, habituram fuisse actionem De fundo vectigali nomen aliquod proprium à Prætore si quis fuisset, qui eam induxisset, quomodo habent, Publiciana, Seruiana

Digitized by Google

tiana Pauliana, & aliæ plerę quæ licèt act o De superficie nullum habeat. Ideóque Papinianus noster de hac tractans actione & similiter de Publiciana ac Seruiana in *l. si cùm venditor 66. in pr in fp. D. de euict.* simpliciter ita scribit: *vel ea actione quæ de fundo vectigali proposita est.* scilicet à prudentibus quorũ primum ac præcipuum munus illud fuit vt actiones componerent, quæ postea & propositæ fuerunt, & euulgatæ *l. 2. §. deinde ex his legibus & seq. de orig. iur.* Ac sanè nihil causæ erat cur ciuilis legislator tam diligens esset in danda actione in rem pro superficie, quàm fuit in proponenda actione De vectigali fundo: Hæc enim ad publicam vtilitatem pertinebat vt diximus, hæc verò De superficie non nisi ad priuatam eorum qui solum alienum ad certum tẽpus, aut emisent, aut conduxissent. Quia de causa nec Prætores ipsi nisi posteriores prouiderunt superficiario data ei vtili in rem actione, quod aptissimè Paulus exprimit *in d. l. inter 16. §. vlt. De pignor. act.* cùm postquàm dixit etiam vectigale prædium pignori dari posse, subiungit: Sed & superficiarium posse, *quia*, inquit, *hodie vtiles actiones superficiarijs dantur.* Vt intelligamus aliquod fuisse tempus quo nullam in rem actionem habebat superficiarius, quamuis iam tùm nemo dubitaret, quin de vectigali fundo agere in rem liceret. Atque ideo maiorem fuisse rationem dubitandi in prędio superficiario quominùs pignori dari posse videretur, quàm in vectigali, quod cõstat etiam ex *l. grege 13. §. & in superficiariis D. de pignor.* & ex *l. etiam superficies 15. D. qui potior. in pignor. hab.* quibus in locis non nisi de superficiei pignore agitur, tãquã de re quæ sit maioris dubitationis. Nam nec absolutè ac simpliciter verum est, hodie vtiles actiones superficiario dari sed tantùm causa cognita *d. l. prætor 75. cum duab. præced. D. de rei vindic.* id est ita demum si non ad modicum tempus conducta superficies proponatur. In hoc enim duntaxat causæ cognitio vertitur, vt si quis ad tempus superficiem conduxerit, in rem actio ei denegetur. Quemadmodum Vlp. explicat *in d. l. 1. §. quod ait Prætor De superfic.*

ERROR DECIMVS.

Si à superficiario qui ad modicum tempus conduxerat, pignus constitutum sit, aut à vectigalis fundi possessore ad tempus rem habente.

QVA etiam ratione, puto non improbabiliter defendi posse, non alij superficiario permittendum esse vt superficiem det pignori, quàm ei qui superficiem non ad modicum tempus conduxerit, atque ita intelligendum esse quod generaliter & indistinctè scriptum est *in d. §. & in superficiarijs* & *in d. l. etiam superficies.* Cùm non alia ratio sit propter quam valere debeat huiusmodi pignus licèt à non domino contra iuris regulam constitutum, quàm quòd hodie superficiario quoque vtiles actiones dentur, tanquam habenti superficiem in bonis iure suo, & ex ipso contractu, & in eo plus iuris quàm habeat bonę fidei emptor, qui non ideò habet Publicianam quod rem emerit, eámque in bonis suis per emptionem habere cœperit, sed quia perinde habeatur à Prætore ac si eam rem iam vsucepisset, quamuis nondum vsuceperit *§. namque Inst. de action.* Cæterùm quemadmodum si ab eo, qui Publiciana vti potuit, quia dominium non habuit, pignori acceperim, non aliter tuetur me per Seruianam Prætor, quàm quomodo debitorem ipsum per Publicianã tuere-

tur *l. si ab eo* 18. *D. de pignor.* Ita nec existimandum est alio vllo casu posse defendi pignus in superficie constitutum à superficiario, quàm quo Prætor daturus sit actionem in rem superficiario, ne alioqui eueniat, vt ex contractu inito cum superficiario acquiratur creditori ius agendi in rem, quod superficiarius ipse non haberet. Quæ tamen distinctio non cadit in fundi vectigalis oppignerationem. Generaliter enim & indistinctè verum est, Vectigale prædium pignori dari posse, nō adhibita distinctione illa, vtrum in perpetuū aut ad tempus, nec rursum an in longum tempus sit locatum an in modicū. Quia nec distinctioni huic locus est cùm quæritur, An de vectigali fundo in rem actio competat conductori, sed generaliter & indistinctè placuit competere in rem actionem ex hac causa non solùm aduersus quemuis possessorem, sed & aduersus ipsos municipes, nec tantùm si in perpetuum fruendum fundum conduxerint à municipibus, sed etiam si ad tempus habuerint conductum, dum ne tempus conductionis finitum sit *l. vlt. D. si ager vectig.* vbi quod vulgo notant, ita esse accipienda verba illa *ad tempus* vt tamen modicum tempus excludatur *ex d. l.* 1. *§. quod ait de superfic.* neque legem habet neque rationem, nisi ducto malè argumento à superficiario fundo ad vectigalem. Nam cùm vectigales fundi non dentur nisi ob publicam vtilitatem, & quatenus publica vtilitas exigit, non debuit alia deteriórque esse condicio fundorum reipublicæ qui ad modicum tempus conducti essent, quia nec id vnquam fiebat nisi ex vtilitate ciuitatis & reipublicæ, cùm vel vtilius videbatur, vel aliter, id est in perpetuum fieri conductio non potuerat. Itaque quod Paulus scribit *in d. l.* 1. *D. si ager vectig.* non ita est accipiendum, quasi non vectigales fundi sint omnes illi qui non in perpetuum locantur, sed ita potiùs, vt vectigales sint qui locantur ea lege, vt quandiu pro his vectigal pendatur, tandiu neque ipsis qui conduxerint, neque his qui in locum eorum successerint auferri eos liceat (sic enim apud Paulum legendum est) Non vectigales verò illi qui ita colendi dantur vt priuatim agros nostros colendos dare solemus, id est non ea lege sed certa mercede quæ non vectigalis & tributi loco sit, sed fructuum modo respondeat, si colonus sit nummarius, aut ad certam partem fructuum si colonus sit partiarius. Altero enim ex his duobus modis priuati omnes locare agros solent, non etiam ita vt quandiu pensio soluetur, non liceat locatori rem suam aufferre conductori. Cæterùm siue in perpetuum, siue ad tempus agri ciuitatis locati sint sub lege pendendi vectigalis & tributi, atque ita ne interim expelli conductor possit erunt haud dubiè vectigales siue in perpetuum locati sint, siue ad tempus, vt constat ex coniunctione *d. l.* 1. *cum l. vlt. eod.* Quanquam frequentius erat, vt in perpetuum locarentur, Rarius verò vt ad tempus, nec aliter vt puto, quàm cùm non reperiebantur, qui conducere in perpetuum vellent. Est igitur necessariò duplex admittenda hæc differentia inter vectigalem fundum, & superficiarium, quòd pro vectigali fundo datur in rem actio etiamsi ad tempus modicum facta conductio sit, & consequenter valet omnimodo, & omni casu fundi vectigalis oppignoratio, etiam citra tuitionem prætoris, at pro fundo superficiario nec datur in rem actio nisi causa cognita, id est nisi ad non modicum tempus facta locatio sit, nec proinde valet oppigneratio superficiei nisi eo demum casu quo debitor qui eam dat pignori conductor sit ad longum tempus, quo etiam casu nō ipso iure valet oppigneratio, sed tuitione tantùm prætoria, vt de seruitutib. à superficiario constitutis scriptum est *in d. l.* 1. *§. vlt. de superfic.*

ANT.

ANTONII FABRI I.C. SEBVSIANI, SENATORIS SABAVDIENSIS, ET IN GEBENNENSIS DVCATVS AVDITORIO PRAESIDIS,

DE ERROR. PRAGMAT. ET INTERPR. IVR.

DECAS LXIIII.

ERROR PRIMVS.

De Publiciana quæ pro fundis vectigalibus & superficiarijs competit.

EXPLICANDVM illud superest, quod superiore Decade obiecimus ex *l. cùm ſponſus* 12. *§. in vectigalibus D. de publician. in rem act.* vbi Paulus scribit in vectigalibus, & in aliis prædiis, quæ vsucapi non possunt, Publicianam competere si fortè bona fide mihi tradita sunt, idémque esse superficiariam insulam à non domino bona fide emero. Difficile siquidem videtur intelligere cur prædiorum vectigalium, & superficiariorum faciliùs recepta sit oppignoratio, quàm prædij bona fide empti cuius nomine Publiciana competit cùm è contrario difficilius sit vt pro fundis vectigalibus & superficiarijs detur Publiciana quàm pro cæteris. Difficilius enim dari Publicianam pro fundis vectigalib. & superficiarijs, ex eo apparet quod vsucapi nullomodo possunt. Obstante scilicet mala fide, & scientia rei alienæ, cùm is qui fundum vectigalem aut superficiarium conducit, alienum esse sciat, non minùs quàm qui accipit pignori, de quo *in l. pignori* 13. *D. de vsucap.* etsi in superficiario prædio alia specialior ratio est, nempe, quia superficies sine solo capi longo tempore nunquam potest *l. numquàm* 26. *D. de vsucap.* ita vt si qua ratione vsucapi solum non possit, nec superficies vsucapiatur *l. si ſolum* 39. *eod.* Porrò non datur alio colore Publiciana, quàm quasi iam vsucapta sit ea res de qua agitur *§. namque Inſt. de action.* Indéque nimirum est quod ea actio in his rebus quæ vsucapi non possunt, puta in furtiuis, aut in seruo fugitiuo locum non habet *l. ſiue autem* 9. *§. hæc actio D. de Publician. in rem act.* Cur non ergo faciliùs permittitur oppignoratio rei bona fide emptæ, quàm fundi vectigalis aut superficiarij? Sed facilis responsio est eius demùm fundi vectigalis aut superficiarij oppignorationem ipso iure valere, quẽ dominus ipse locauerit, conductor verò oppignorauerit, non enim vt fundus re vera vectigalis sit, aut superficiarius, sufficit conductum eum esse siue in perpetuum, siue ad tempus aut longum aut modicum, sed illud primùm ac maximè requiritur, vt dominus verè fuerit ille qui

locauit, alioqui certum est, ab eo qui dominus ipse non sit, fundum vectigalem aut superficiarium fieri nullo modo posse, quamuis nihil vetet alienam quoque rem à non domino locari perinde ac vendi. Plus enim est dicere fundum vectigalem, aut superficiarium quàm conductum, quia non quemadmodum quisquis vectigalis & superficiarius idem & conductus est, ita possit quis è contrario dicere vectigalem aut superficiarium esse fundum omnem, qui conductus sit, siquidem vectigalem, aut superficiarium fundum esse, reale aliquid est, & tale, quod afficit rem ipsam facitque vt talis denominetur, cùm sit ius prædij *l. quid aliud 86. de verb. signific.* Ac proinde dominum esse necesse est eum qui rem velit afficere. Nam & inde est quod nexum prædiorum, non alia persona facit, quàm quæ iure potuit obligare, inquit *l. vlt. C. si alien. res pignor. d. u. sit*, cui consequens est, vt si quis fundum à domino conduxerit in vectigalem aut superficiarium, non indigeat Publiciana ad rem vindicandam, cùm suo nomine habeat in rem actionem, & quidem ciuilem de fundo vectigali, Prætoriam verò de superficiario, vt ostendimus capite præcedente, scilicet quia causam habet à vero domino, qui ius in re constituere potuit: contrà verò, is qui emit à non domino, sicuti ius nullum in re habet ita neque actionem aliam habere potest quàm Publicianam ad auocandam possessionem, si quo casu eam amiserit. At cùm Paulus noster scribit *in d. l. cùm sponsus 12. §. in vectigalibus ff. de publician. in rem act.* In vectigalibus & alijs prædijs quæ vsucapi non possunt, Publicianam competere, de ijs prædijs intelligit quæ sint quidem verè vectigalia, sed quæ empta sint non tanquàm vectigalia, sed tanquàm propria venditoris, id est, tanquam à domino, cùm tamen reuera dominus non fuerit is qui vendidit, sed vel ille ipse qui vectigalem fundum à ciuitatis administratore conduxerat, vel alius. Idcóque benè addit Paulus *si forte bona fide mihi tradita sint*, id est, si ea emerim & per traditionem acceperim bona fide, existimans per errorem, esse illa propria mei venditoris, ac ignorãs esse vectigalia. Si enim scirem esse vectigalia, hoc ipso essem in mala fide, quia scirem esse aliena, & consequenter non tantùm vsucapio impediretur, quæ omnimodo & omni casu impeditur ne possessio & negligentia conductoris noceat ciuitati cui nihil penitus imputari potest, sed etiam Publiciana, quæ non potest competere bona fide, & quidem quæ duobus temporibus interuenerit, contractus, & traditionis *l. sed etsi 7. adlàs l. eum qui §. vt igitur & seq. eod. tit.* Sed cùm puto prædia esse mei venditoris licèt reuera sint vectigalia, vsucapio quidem impeditur, quia prædiorum ipsorum non vicium, sed qualitas impedit ne vsucapi possint, licèt à bonæ fidei emptore possideantur, nisi si quando ipsorum municipum factum & negligentia causam det vsucapioni, quemadmodum in specie *l. si finita 15. §. si de vectigalibus ff. de damn. infect.* de cuius sententia & ratione aduersus omnium interpretum nostrorum sententias scripsimus *lib. 20. Coniect. cap. 11.* At Publiciana tamen haud dubiè competit, perinde acsi vectigalia prædia non essent, quoniam omnia hic concurrunt quæ ad inducendam Publicianam sunt necessaria, nisi quòd cùm non soleat dari alio colore, vt diximus, quàm quasi res iam sit vsucapta, non videbatur posse aptari ad ea prædia quæ quia reuera sunt vectigalia, vsucapi nullomodo possunt. Et hoc nimirum vnum illud est, propter quod necesse fuit, monere Paulum in his quoque prædijs vectigalibus, superficiarijs & aliis huiusmodi si qua sunt similia, Publicianam locum habere, cùm iuris communis regulæ resistere videretur.

Digitized by Google

tur. Ratio autem iuris huius, non alia quærenda est, quàm quæ à nobis supradicto Coniecturarum loco allata fuit, quòd neque ipsius prædij, neque personæ possidentis vicio & odio fiat ne vsucapi possint, nec rursus ob aliquam legis prohibitionem, quæ nulla certè est de fundo siue vectigali, siue superficiario alienando, sed solo fauore ciuitatis, cuius interest quàm maximè fundos vectigales habere, & quam tamen periclitari non oportet ex facto, & negligentia conductoris, si fortè is vectigalem fundum dolo malo vendiderit, aut per nimis latam supinámque negligentiam ab alio possideri passus sit, non intermissa tamen annui vectigalis solutione, quantumuis bonam fidem habuerit possessor. Addo *non intermissa annui vectigalis solutione*, quia si poneres fuisse municipes negligentes in vectigale exigendo, iam posset ijs imputari propria negligentia, quæ proinde vsucapioni locum faceret, quandoquidem tolleret fauorem illum cuius solius ratione ita receptum esse diximus vt fundi vectigales vsucapi non possint: Nec enim absolutè vera est propositio si quis dicat, Fundos vectigales vsucapi non posse, sed ita demum si addat condicionem *si municipibus imputari nihil possit* vt constat *ex d. §. si de vectigalibus in fin.* Imputari porrò ijs eo demum casu nihil potest quo non fuerint negligentes ad ea omnia facienda, quæ iuris sui conseruandi gratia facere debuerint, inter quæ præcipuum illud est, vt non cessent exigere vectigalis annui solutionem, quia vectigalium fundorum perpetua illa lex & condicio est, vt quandiu pro ijs vectigal pendatur, tamdiu neque his qui conduxerint, neque ijs qui in locum eorum successerint, auferri res iure possit *d. l. 1. ff. si ager vect. p.* Vnde fit, quod ad rem nostram maximè pertinet, vt qui emit à vectigalis fundi conductore perinde tutus sit aduersus municipes ipsos siue agere velit, siue excipere, adcóque licèt fundum vectigalem esse sciuerit, atque si ipse fundum vectigalem conduxisset, quia conductoris loco est, quod sufficit vt de vectigali fundo agere possit *d. §. si de vectigalibus*, dummodò non cessetur in canonis annui solutione, siue pendatur vectigal ab eo ipso qui conduxit, siue ab eo qui in locum eius successerit *l. lex vectigali fundo 31 ff. de pignor.* In quo plus iuris habet vectigalis fundi conductor, quàm emphyteuta qui à priuato fundum in emphyteusim accepit. Hic enim non potest rem alienare irrequisito domino, alioqui cadit res in commissum *l. vlt. C. de iur. emphyt.* Solus ille qui emphyteusim à fisco accepit, ius habet transferendæ illius in extraneum pro arbitrio etiam per donationem, irrequisito non solùm fisco, sed etiam iudice, dummodò suis quibusque temporibus ea quæ fisco præstanda sunt, repræsentet, idque ex noua Constantini Imperatoris constitutione quę extat *in l. 1. C. de fund. patrim. & saltuens. lib. 11. tit. 61.* Ideò fortasse, quòd in alijs pleriſque eadem soleat esse causa fisci, & reipublicæ, aut ciuitatis, vt in *l. bonis venditis 38. ff. de reb. author. iudic. possid.* aliàs *l. pen. de priuileg. credit. l. si pignus 8. ff. qui potior in pignor. hab. l. 3. C. de remiss. pignor.* propiúsque accedit ius fisci ad ius ciuitatis, cùm vtrumque sit publicum, quàm ad ius priuati. Ex quo apparet, vt hoc quoque obiter moneamus, quàm errent grauiter, qui fundum vectigalem, & emphyteuticarium pro eodem accipiunt, quomodo accepit ea pro synonimis siue Tribonianus, siue interpres alius quisquis fuit qui Titulum Pandectarum sic concepit *Si ager vectig. id est emphyteutic. petat.* Cùm ea saltem differentia, quam modò diximus, agnoscenda sit inter hæc contractuum genera, quæ porrò differentia quanti momenti sit, nemo non videt.

ERROR SECVNDVS.

De priuilegio fundorum vectigalium in causa vsucapionis.

CÆTERVM quemadmodum non possunt municipes conductorem fundi vectigalis expellere adeóque nec eum qui in conductoris locum, siue vniuersali, siue singulari titulo successerit, dummodò promissum vectigal pendatur, ita statim atque cessante tam conductore quàm possessore in solutione vectigalis municipes nihilo magis ius suum exequuntur, incipit esse aliquid quod possit ijs imputari, & quod proinde facere debeat, ne vllo fauore digni sint propter quem impediri debeat vsucapio. Nec est quod quis dicat secundum hanc sententiam fieri vt parum aut nihil priuilegij habeant ciuitates pro fundis vectigalibus si non aliter eorum vsucapio impeditur, quàm eo demum casu quo vectigal ab aliquo pendatur, cùm nulla ijs possit imputari negligentia, quandiu vectigal exigunt, non soleat autem vsucapio nocere nisi negligentibus aduersus quos solos comparata est. Nam imò verò priuilegium in eo maximum elucet, quod in priuatorum fundorum conductionibus longè aliter obseruatur, nam si cùm haberem vsumfructum fundi Corneliani, eum fundum proprietarius à me conduxerit, posteà vendiderit Seio non deducto vsufructu, placuit prudentibus non posse me vsumfructum per emptorem retinere, sed eum amittere non vtendo, licèt proprietarius mihi pensionem quotannis soluerit, inquit Vlpianus ex Pomponij sententia *in l. Pomponius 29. ff. quib. mod. vsusfr. amitt.* vbi subijcit rationem perelegantem, sed quam ex pragmaticis nostris pauci & inquirerent & probarent si non ab Vlpiano expressa esset, *quia*, inquit, *non meo nomine, sed suo fruitus est emptor*. Qua etiam ratione subiungit ibidem Vlpianus, si à me fructuario conductum vsumfructum quis alij locauerit, retineri quidem vsumfructum, quia scilicet secundus conductor solet possidere eius nomine cuius & primus, sed si proprietarius idémque conductor eum locasset alij suo nomine dicendum esse vsumfructum perinde amitti: Non enim meo nomine fruitur colonus, sed eius à quo conduxit, qui porrò nõ meo, sed suo nomine locauit. Sed etsi, inquit, vsumfructum à me emptum proprietarius vendidisset, æquè amitterem vsumfructum, quoniam & hic non vt à me empto, sed vt suo fruitur fundi emptor: Et ratio huius rationis illa est, quia ius vsucapionis non solùm ad puniendam dominorum negligentiam comparata est, sed etiam ac potissimùm fauore boni publici, bonæque fidei possessoris, *l. 1. D. de vsucap.* Secundum quam rationem dicendum esset, Etiam vectigalis prædij permittendam esse vsucapionem, aut saltem longi temporis possessionem, tametsi annuum vectigal sua quaque die solutum probaretur, nisi ciuitatum fauor etiam publicus contrarium ius extorsisset, vt non priùs possent fundi vectigales vsucapi, quàm aliqua municipibus negligentia imputari posset, nec tam possessoris titulus & bona fides, quàm municipum culpa & socordia inspiceretur, quod in cæteris diuersum est. At quoniam ius illud non tam aliquo possessoris odio, quàm solo ciuitatum fauore inductum fuit, mirum non est dari Publicianam bonæ fidei emptori etiam pro vectigali fundo, quamuis vsucapere illum non possit, quoniam Publiciana non contra dominum exercetur vt vsucapio, sed contra extraneum possessor

ſeſſorem qui ſiue bonam,ſiue malam fidem habeat,nullo certè fauore dignus videri poteſt contra eum,qui prior bonæ fidei poſſeſſor fuit, quémque nihil impediret vſucapere ſi fauor ciuitatis non prohiberet.

ERROR TERTIVS.

De ratione quæ impedit vſucapionem ſundi ſuperficiarij,& de Publiciana quæ eius nomine datur.

SVPERFICIARII prædij hac quoque parte ratio alia eſt:Eius enim vſucapio impeditur non fauore aliquo illius qui ſuperficiem aut vendidit,aut locauit,vt neque odio vllo bona fide poſſeſſoris, ſed ratione merè neceſſaria, quia numquam ſuperficies ſine ſolo vſucapi,aut longo tempore acquiri poteſt *d.l. numquam* 26. *& d.l.ſi ſolum* 39.*ff. de vſucap.*ſiquidem & ciuili & naturali ratione omnino neceſſe eſt, vt ad eum ſemper ſpectet ſuperficies ad quem & ſolum *l.*2.*D.de ſuperfic.* Qua de cauſa, difficilius videri poterat,vt pro fundo ſuperficiario Publiciana poſſet competere,cùm per ipſam rei naturam fiat,vt ſuperficiei poſſeſſor,quantumuis bonam fidem, & iuſtum titulum habeat, vſucapere tamen ſuperficiem numquam poſſit: ſed tamen quia idem fauor eſt bonæ fidei poſſeſſoris hoc caſu, qui eſſet ſi de vectigali fundo ageretur,nec fauorabilior videri poteſt qui ſuperficiarium fundū quàm qui vectigalem poſſidet,non immeritò placuit idē iuris in vtroque prædij genere conſtitui, vt pro vtroque Publiciana detur: ei videlicet qui ſuperficiem emit à non domino, quem dominum eſſe arbitrabatur: hoc enim ſemper requiritur ad inducendam Publicianam, vt actor rem acquiſiuerit bona fide, id eſt, ab eo quem putabat eſſe dominum, & eo animo nactus ſit poſſeſſionem vt credat ſe dominum eſſe *l.quæcunq;* 13. *§.*1.*in fin.D.de Public.in rem act.* Quod cùm ita ſit, non poteſt meo iudicio defendi quod Accurſius voluit Dari Publicianam non ei tantùm qui ſuperficiem emerit,vel conduxerit ab illo quem dominum eſſe credebat,ſed ei quoque qui emerit vel conduxerit ab illo quem ſuperficiarium eſſe arbitrabatur cùm non eſſet.Nec enim fieri poſſet vt ſe dominum crederet is, qui ab eo acquireret quem ſuperficiarium eſſe putaret,cùm nemo neſciat ſuperficiarium non modò non eſſe dominum, ſed nec fieri vnquam poſſe quamdiu ſuperficiarius manet.Ergo nec fieri poteſt vtPublicianam habeat emptor qui tanquàm à ſuperficiario comparauit, non tam quòd ſuperficiem vſucapere numquam poſſit, quàm quòd ipſius vicio & mala fide accidat ne vſucapere poſſit,Rem ſcilicet quam ſcit eſſe alienam,hoc ipſo quòd credit eſſe ſuperficiariam.Quo exemplo,nec illud quoque poſſum admittere,vt Publicianā habere is debeat, qui fundū emit tanquàm vectigalē, id eſt,ab eo quem vectigalis fundi conductorem eſſe exiſtimabat.Nam & hic perinde in mala fide eſt,qui rem non tantùm alienam emit & à non domino (alioqui de Publiciana tractandum non eſſet) ſed etiam quaſi alienam,& conſequenter non eo animo, vt ſe dominum poſſit credere,niſi ſupina planè ſtultáque iuris imperitia lapſus.Quid ergo? Is demum agere Publiciana poteſt de fundo vectigali aut ſuperficiario, qui à non domino quidem, id eſt, à vectigalis fundi conductore

aut à superficiario, aut etiam ab alio si voles prædium comparauerit quod re vera vectigale fuit, aut superficiarium, sed non tanquam vectigale aut superficiarium, quod citra malam fidem fieri non posset, At bona fide, id est tanquam prædium quod ad venditorem iure dominij pertineret. Nam si quis emerit fundum vectigalem tanquam vectigalem, id est, ab eo ipso quem sciebat esse conductorem, sicuti Publicianam habere non potest, obstante ei sua mala fide, vt diximus, ita neque Publiciana indiget, cùm habeat suo iure, & mero iure actionem in rem quæ de fundo vectigali proposita, est non minùs quàm si ille vel à ciuitate conduxisset, Siquidem hac parte nihil omnino interest an fundum quis à ciuitate conduxerit, an verò in conductoris locum successerit. *d.l.1.D. si ager vectig. d.l. lex vectigali* 31. *D. de pignor. d.l. si finita* 15. *§. si de vectigalibus. D. de damn. infect.* Quòd si quis fundum tanquam vectigalē emerit ab eo qui neq; administrator ciuitatis, neque conductor erat, nullam is actionem habere potest, neque Publicianam propter malam fidem, neque actionem de vectigali fundo, quia verum est, vectigalem fundum non esse: Absurdum autem sit dicere actionem quæ non nisi de fundo vectigali proposita est, etiam pro non vectigali vel competere vel dari: nec aliud tamen erit, tametsi reuera vectigalis fundus fuerit, sed ab eo venditus qui neq; conductor ipse fuerit, neque à conductore causam habuerit. Vt enim actio de fundo vectigali competat, non sufficit vectigalem fundum esse, sed præterea necesse est eum qui agere velit, vel conductorem ipsum esse vel saltem à cōductore causam aut mediatam aut immediatam habere. Eadémque ratio facit vt neque illi possit aliqua actio competere qui rem alienam emit tanquā superficiariam & tanquam à superficiario, qui tamen superficiarius non erat, siue superficiaria insula fuerit, siue non fuerit. Non enim plus iuris habere potest is qui prædium emit tanquam superficiarium quàm qui tanquam vectigale, siue de Publiciana tractetur, siue de propria actione quæ de vectigali fundo proposita est iure ciuili, aut de superficie à prætore promissa. Nam & hæc quæ de superficie datur, in eo minùs iuris habet quàm illa quę de fundo vectigali competit, quòd illa nō tantùm competit & quidem iure ciuili, hæc verò datur tantùm nec nisi iure prætorio, sed etiam ita competit illa vt proposita sit hoc est omnibus agere volentibus exposita dummodo ea concurrant, quæ proximè diximus. Hæc verò de superficie non tam proponitur quàm promittitur, nec tam datur ex edicto prætoris mortui, vt nostri loquūtur, quàm decernitur à prætore viuo quia non nisi causa cognita datur *d. l. 1. in princip. & §. quod ait prætor D. de superfic.*

ERROR QVARTVS.

De sententia & emendatione l.1. §. quia autem D. de superfic.

QVANDO de superficie tam multa dicere cœpimus, postulat instituti nostri ratio, vt ne quid prætermittamus eorum omnium, quæ *ad Tit. De superfic.* pertinent, si quid sit, quod interpretatione & emendatione nostra indigere videatur. Nihil autem in toto eo titulo tam difficile est, quàm quod scriptum leginus *in l.1. §. quia autem*, his verbis *Quia autem etiam in rem actio de superficie dabitur, petitori quoque in superficiem dari & quasi vsumfructum, sine*

Digitized by Google

siue vsum quendam eius esse & constitui posse per vtiles actiones credendum est. Etsi Bartolus notat non tam esse locum hunc difficilem ob aliquam contrarietatem, quàm quòd sit in se intricatus. Ego verò non tam intricatum iudico, quàm iis verbis apertissimè conceptum, ex quibus elici sensus bonus vix vllus possit: Nam cùm prima illa verba, *Quia autem etiam in rem actio de superficie dabitur* non alio sensu donari possint, quàm vt actio in rem De superficie detur superficiario, secundùm id quod paullò antea verbis apertissimis idem Vlpianus scripserat *in §. quod ait prætor. eiusd. leg.* Fieri certè nequit vt quod de petitore subiicitur in illis sequentibus, *petitori quoque in superficiem dari*, de superficiario intelligatur, quomodo post Accursium omnes intelligunt, quin illud ipsum quod iam dictum fuerat, insulsè ac sine causa repetatur: Cùm tamen nihil manifestius sit, quàm videre Vlpianum supradictis verbis id agere vt noui aliquid inferat ex præcedentibus. Deinde quid aliud obsecro est dari actionem in rem de superficie, quàm dari actionem superficiario in superficiem ipsam? Nullum ergo aut non nisi ridiculum sensum habere possunt verba illa *petitori quoque in superficiem dari.* Vt mirum non sit Accursium nostrũ in iis explicandis adeò laborare, nec posse extricare se, qui & ad verbũ *dari* notat, eius verbi sensum illum esse Superficiario dari vt & habere & facere possit ea omnia quæ in eo §. sequuntur, Habere scilicet quasi vsumfructum siue vsum quendam superficiei, cõstituere verò alij superficiẽ & tradere, & legare & donare. Quam in sententiam & interpretationem mouit etiã Accursium vulgata lectio quæ sic habet *vsum quendam inesse*, pro eo quod in Pand. Florent. multò melius legitur *vsum quendam eius esse*, aut *vsum quendam esse*; circumclusa lineis dictione *eius*, quam tamen retineri commodius videtur. Locum esse corruptum negari meo iudicio nullo modo potest, nec de hoc dubitassent aut veteres aut recentiores interpretes, si veram emendandi rationem inuenire potuissent: quæ tamen mihi non difficilis valde videtur. Illud enim duntaxat emendandum est, vt pro *petitori* legamus *pignori*; nec *in superficiem*, sed qui æquè facilis & lubricus error fuit, *& superficiem*, in hunc modum: *Quia autem etiam in rem actio de superficie dabitur, pignori quoque & superficiem dari, & quasi vsumfructum siue vsum quendam eius esse & constitui posse per vtiles actiones credendum est.* Qua lectione & emendatione adhibita illa mirum est quàm bellè omnia conueniant. Iam dixerat Vlpianus. Prætorem eo edicto non tantùm interdictum polliceri superficiario, sed etiam actionem in rem de superficie quamuis non nisi causa cognita, id est, ita demum si vel in perpetuum, vel saltem ad non modicum tempus superficiem quis conduxerit *d. §. quod ait prætor.* Ex eo verò nunc multa infert: Illud imprimis vt pignori quoque superficies dari possit. Bona enim collectio est, nec dissimilis ei qua Paulus vtitur *in l. tutor 16. §. vlt. D. de pignor. act.* vbi ait, non solùm vectigale prædium pignori dari posse sed etiam superficiarium, quia hodie, inquit, vtiles actiones superficiariis dantur. Idem verò Vlpianus noster *in Lin prouinciali 3. §. penult. D. de oper. noui nunciat.* tractans quæstionem illam, Vtrum superficiarius possit opus nouum vicino nunciare, posteaquàm dubitandi rationẽ eam attulit, quod quasi inquilinus esse videatur, ac proinde nunciandi ius nõ habere, quod nec fructuarius habet suo nomine, tametsi plus iuris habeat quàm inquilinus *l. 1. §. vlt. eod. tit.* Concludit tamen & seruitutum causa actionem ei dari debere, & operis noui nunciationem concedi, ob hanc ipsam rationem quòd Prætor ei det vtilem in rem actionem. Fuit autem addenda co-

pula, *& in d.§. quia autem*, elegantiæ & connexitatis cauſa cùm in proximè ſequentibus ſæpius eſſet repetita. Sequitur enim *& quaſi vſumfructum ſiue vſum quendam eius eſſe & conſtitui poſſe*, Et paullò poſt *ſed & tradi poſſe intelligendum eſt, vt & legari & donari poſſit*, niſi quis malit ſcripſiſſe Vlpianum *im* per *m* pro *eam* vetere loquendi & ſcribendi modo, quod tamen minùs probabile mihi videtur, cùm ea loquendi ſcribendique ratio Vlpiani temporibus iam exoleuiſſet, in cuius reſponſis cæteris nihil tale legimus, vt nec apud cæteros prudentes, quibus nihil familiarius eſt quàm vt terſo & vſitato ſermone vtãtur, non ignorãtes Tuberoni malè ceſſiſſe, quòd ſermone antiquo vſus ſcribere affectaſſet, propter quod minùs grati eius libri habebantur, quos complures reliquerat de vtroque iure tam publico quàm priuato, vt Pomponius refert *in l. 2. §. poſt hos quoque Tubero 46. de orig. iur.*

ERROR QVINTVS.

De quaſi vſufructu per ſuperficiarium conſtituto, & de traditione ab eo facta vel donatione vel legato.

SED quid illud eſt quod ſubiungit Vlp. *in d.§. quia autem & quaſi vſumfructum ſiue vſum quendam eius eſſe?* An quod vult Accurſius, ſuperficiarium habere quaſi vſumfructum vel quaſi vſum quendam eius prædij in quo habet ſuperficiẽ? Ita videri fortaſſe poſſit, vel ob hoc ipſum quod modò diximus, Etiam ſuperficiarium prædium pignori dari poſſe: Nam & fructus rei eſt pignori dare licere *l. vlt. D. de vſur.* Sed non puto hunc Vlpiani ſenſum eſſe: Nec enim de fructu loquitur, ſed de vſufructu, cuius longè alia ſignificatio eſt *l. vaccæ emptor 43. D. de euict. l. ſi vſusfructus 66. D. de iur. dot.* Dicendum igitur eſt nihil aliud his verbis Vlpianum ſibi velle niſi vt ſuperficiarius quemadmodum ſuperficiem pignori dare poteſt, ita & quaſi vſumfructum ſiue vſum quendam in ea conſtituere poſſit. Vna enim dũtaxat periodus & conſtructio eſt ad illa vſque verba *credendum eſt*, nec ſeparanda ſunt quomodo ab Accurſio & aliis vulgo ſeparantur verba, illa *eſſe, & conſtitui*, quę ambo reguntur à ſequenti tertio infinitiuo *poſſe*, Acſi ſcriptum eſſet, Poſſe quaſi vſumfructum ſiue vſum quẽdam eſſe in ſuperficie & conſtitui à ſuperficiario, id eſt poſſe eſſe, per conſtitutionem à ſuperficiario factam, Hanc verò conſtitutionem fieri per vtiles actiones, dãdas ſcilicet à prætore iis omnibus qui à ſuperficiario ius habeãt, non minùs quàm ipſi ſuperficiario: quomodo dicimus remedio cautionis introductum fuiſſe Senatuſconſulto quaſi vſumfructum earum rerum quæ vſu conſumuntur *l. 2. & ſeqq. D. ill. ti t. De vſufr. ear. rer. quæ vſu conſum.* Cur verò ait Vlpianus Poſſe à ſuperficiario conſtitui quaſi vſumfructum, non autem vſumfructum abſolutè, & cur vſum quendam non etiam vſum ſimpliciter? Quidni enim poſſit ille verum vſumfructum, verúmque vſum conſtituere in ſuperficie, quam etiam vendere quod longè plus eſt, & donare poteſt? Ratio aperta eſt, quia ius vſusfructus non ab alio conſtitui poteſt quàm à vero domino vt nec verus vſus *l. 6. D. de vſufr.* adeò vt quod ad multas cauſas pertinet pars dominij eſſe vſusfructus intelligatur *l. 4. eo.* Superficiarius autẽ nullo modo dominus eſt, & ideò quãuis inuito etiam domino ſuperficiem habere ac retinere poſſit, non tamen poteſt cuiquã ius verum conſtituere aliena re vtendi fruendi, ſed hoc tantùm facere

Digitized by Google

facere vt per modum quasi vsusfructus eodem iure sit superficies penes aliũ quo futura erat penes superficiarium ipsum. Nam nec aliud præstat si prædiũ superficiarium, vendat, aut donet, aut leget, nisi vt eodem iure sit superficies penes emptorem aut donatarium, aut legatarium, quo penes superficiarium fuisset, vt *in l. si finita* 15. *§. si de vectigalibus D. de damn. infect. l. lex vectigali fundo* 31. *D. de pignor. l. peto* 69. *§. prædium de leg.* 2. Idque est quod sequitur apud Vlpianum *sed & tradi posse intelligendum est, vt & legari & donari.* In quo obseruandum est non de venditione aut de cessione locutum esse Vlpianum, sed de traditione, quia traditionis nomen latiùs patet, cùm possit fieri traditio ex variis causis, quarum aliæ iustæ sint & legitimæ, aliæ non iustæ & illegitimæ, id est iuri & legibus incognitæ *l. quæcunque* 13. *§. 1. D. de Public. in rem act. l. nunquam nuda* 71. *D. de acquir. rer. domin. l. 3. D. si vsusfr. pet.* Facta autem traditionis mentio coëgit Vlpianum addere verba illa, *vt & donari & legari*, ad exprimẽdam elegantem antithesim, ex eo deductam, quòd neque ad legandum, neq; ad donandum necessaria traditio est, Non ad legandum quia rei legatæ dominium citra vllam traditionem transit ipso iure in legatarium *l. 1. in fin. D. de public. in rem act. l. legatum* 80. *de leg. 2. l. à Titio* 64. *in fin. D. de furt.* Non ad donandum, quia & donationes quædam sunt quæ ad exemplum legatorum capiuntur, nec proinde traditionem vllam exigunt, de quibus *in l. 2. D. de publician. l. Marcellus* 15. *l. etsi debitor* 17. *l. illud* 37. *D. de mort. caus. donat.* Aliæ verò quæ per stipulationem non per traditionem fiunt *l. Papinianus putabat* 23. *l. si stipulata* 33. iunct. *l. 3. §. sciendum D. de donat. int. vir. & vxor.* Ex quo intelligimus malè quoque ita scriptum esse apud Vlpianum, *vt & legari & donari possit* delendáinque dictionem *possit* tanquam irreptitiam & ab imperito aliquo interprete additam qui existimabat non aliter posse perfectum sensum præcedentibus verbis constare: qui tamen retenta ea inepta futurus sit. Quid enim necesse est, Posse tradi superficiem vt & legari & donari possit, cùm neque legatum, neque donatio quæ aut ad instar legati capitur aut sola stipulatione perficitur, vllam exigat traditionem? Imò extra has causas traditio ad alias ferè omnes necessaria est *vulg. l. traditionibus* 20. *C. de pact.* Addit Vlpianus *& si duobus sit communis, etiam vtile communi diuidundo iudicium dabitur.* Cur verò vtile non directum? Nempe quia iudicium communi diuidundo, sicut & familiæ erciscundæ, & finium regundorum ad proprietatis & dominij, non ad possessionis causam pertinent *l. 1. 2. & pass. D. fam. l. erisc. l. 4. & pass. D. commun. diuid.* Dominium autem nullum commune habent ij, quibus sola superficies communis est. Habent tamen vtile iudicium communi diuidundo, inuicem non directum, quomodo haberent pro fundo vectigali *l. communi* 7. *in princip. D. commun. diuid.* (tractat enim initium illius legis de iudicio directo communi diuidundo non de vtili, vsque ad *§. ex quibusdam*) quia non solùm aduersus extraneum quemlibet, sed etiam contra dominum ipsum haberent vtilem in rem actionem non directam. Proinde non aliter dandum iis erit vtile hoc iudicium, quàm si superficiem vel emerint vel non ad longum tempus conduxerint. Nec enim aliter daretur iis actio vtilis à Prætore *dict. §. quod ait Prator.*

ERROR SEXTVS.

De seruitutibus à superficiario constitutis, & ad §. vlt. d. l. 1. D. de superfic.

Digitized by Google

SEQVITVR *in §. vlt. d. l.* 1. Seruitutes quoque prætorio iure constitui à superficiario, & ipsas ad exemplum earum quæ ipso iure constitutæ sunt vtilibus actionibus peti. Eâdem prorsus ratione, quia licèt non possit valere ipso iure seruitus ab eo constituta qui dominus non est, cùm per seruitutem res ipsa afficiatur per quam fit prædium aut dominás aut seruiens *l. quid aliud 86. de verb. signific. l.* 1. *§.* 1. *l. vlt. & p. ff. communi. præd.* siue in solo, siue in superficie seruitutes consistant *l.* 3. *ff. de seruit. l seruitutes quæ in superficie* 20. *ff. vrban. præd.* adeò vt nec vnus ex dominis communium ædium seruitutem imponere iure possit *l.* 2. *ff. de seruit.* Cùm tamen superficiarium tueatur Prętor data ei vtili in rem actione etiam aduersùs dominum, consequens omnino est, vt seruitutes quoque, siue ei, siue ab eo constitutas tueatur, datis ei & in eum vtilibus actionibus per quas eiusmodi seruitutes petantur. Nam & aliàs similiter euenit plerumque, vt seruitutes etiã à domino sic constituãtur, vt ipso iure non valeant, & tamen per Prætorem defendantur. Quo casu dicuntur constitui, non ipso iure, sed tuitione prętoria, puta si ad tempus, vel ex tempore, vel sub condicione *l. seruitutes* 4. *D. de seruit.* Multò magis dicendum est in ea causa esse illas quę à non domino constituuntur, de quibus *in l.* 1. *ff. quib. mod. vsusfr. amit. l. si vsusfructus* 9. *§.* 1 *ff. vsufr. quem. caueat.* Addit Vlpianus *in d. l.* 1. *de superfic. in fin. Sed & interdictum de his vtile competet.* Potest enim superficiarij interesse, aut eius, qui à superficiario ius habet, vt interdicto experiatur potiùs quàm vtili in rem actione, aut exceptione, quia licèt vtrumque remedium pertineat ad possessionem, vel retinendam vel recuperandam, *d. l.* 1. *§. qui superficiem eod.* commodius tamen est, interdictum proponere, quoniam in interdicto de sola possessione quæritur: In actione verò, aut exceptione illa in rem vtili, de iure superficiei constitutæ, quemadmodum in directa vindicatione de dominio ageretur, & in Publiciana de quasi dominio. Notari autẽ volo, quod Vlpianus lõgè aliter loquitur de actione, aliter de interdicto. *Actio*, inquit, *dabitur; At interdictum vtile competet*, Nimirum quia actio nõ proponitur simpliciter verbis edicti, sed promittitur cum hac adiectione *causa cognita.* Interdictũ verò simpliciter & absolutè proponitur, ideóque competit omnimodo, siue ad modicum, siue ad non modicum tempus superficies conducta sit. Cætera quæ Vlpianus ponit *in d. l.* 1. satis explicata sunt in præcedentibus, nec vllam habent dubitationẽ, nisi fortasse illud quod scribit *in §. si soli*, *Si soli possessori superficies euincatur æquissimum esse subuenire ei, vel ex stipulatu de euictione, vel certè ex empto actione.* Habet enim id duplicem interpretationem apud Accursium, quarum prior tamen vt verissima, sic & indubitata est, intelligendum Vlpianum de eo possessore qui cùm solum & superficiem simul emisset, passus controuersiam possessionis ab eo cui per anteriorem contractum fuerat superficies constituta, superficiem amiserat: De quo dubitari poterat, an aliqua ei actione subueniendum esset, siue ex stipulatu de euictione, siue ex empto: quasi nihil euictum videretur sola superficie euicta, cùm non esset euictum solum. Superficiem verò necesse sit solo cedere, adeò vt & ciuili & naturali iure non ad alium possit pertinere proprietas & dominium superficiei, quàm ad eum cuius est, & solum *l.* 2. *eod. tit. de superfic.* Sed tamen aliud Vlpiani iudicium est, ex æquitate subueniendum esse huic possessori eidémque emptori, tanquàm cui pars rei absit, cùm abest ei vtilitas superficiei, quam si velit vindicare quasi dominus soli, futurum sit, vt repellatur per vtilem ex-

lem exceptionem accõmodandam ſuperficiario, cui etiamſi nõ poſſideret, actionem in rem daret Prętor aduerſùs ipſum quoque ſoli dominum ad poſſeſſionem iterum ei aufferendam. Euicta enim res videtur, cùm ſpes habendi ferè abſciſſa eſt *l. euictus* 35. *l. habere licere* 57. *ff. de euict.* adeóque cùm aliquid minuitur ex iure quod emptor antè habuit, puta ſi fortè non de proprietate, ſed de poſſeſſione nuda controuerſiam quis ei fecerit, vel de vſufructu, vel de vſu, vel de quo alio iure eius quod diſtractum eſt, *l. ſtipulatio iſta* 38. *§. ſi fortè ff. de verbor. oblig.* Quid enim ſoli domino prodeſt quod inuito etiam Prætore, aut potiùs & veriùs, Prętore quoque conſentiente habeat dominium ſuperficiei, ſi non eo magis fieri poteſt vt ſuperficiem aut retineat, aut perſequatur inuito ſuperficiario?

ERROR SEPTIMVS.

De ſuperficiario alium faciente ſuperficiarium.

AT mirum pleriſque illud videtur quod tamen Vlpianus apertè ſentit *in d. l. 1. §. quia autem ff. de ſuperfic.* vt ſuperficiarius alium ſuperficiarium facere poſſit. Nec immeritò ſanè, nam cùm cauſæ cognitio quam Prætor adhibet in danda ſuperficiario actione in rem ſi qua de ſuperficie poſtuletur in hoc maximè vertatur, vt ei demùm dare illam Prętor velit, qui ſuperficiem vel emerit, vel ſaltem non ad modicum tempus conduxerit, vt ſcriptum eſt *in d. l. 1. §. 1. & §. quod ait Prętor*, conſequens videtur, vt qui à ſuperficiario emit, nullam de ſuperficie actionem habere poſſit, cùm in hoc minùs iuris habeat quàm verus ſuperficiarius, non, vt ille à domino ius habet, ſed ab eo quem ſciuit dominum non eſſe. Quis enim ferat tantundem iuris nanciſci eum qui à non domino, quantùm is qui à vero domino ius habeat? Cur non ſatis eſſe debeat poſteriori ſuperficiario, quòd priorem habeat obligatum ex contractu & aduersùs eum perſonali actione ſit ſubnixus? Nam & eius perſonalis actionis poteſtate aſſequi poteſt, vt cogatur prior ſuperficiarius actione illa in rem vtili ei cedere quam haberet cauſa cognita ex edicto, ſi vellet ipſe agere, ſiue contra tertium poſſeſſorem, ſiue contra dominum ipſum. Quomodo ante propoſitum à Prętore edictum De ſuperficiebus ſi quo caſu prohibebatur ſuperficiarius ab alio quàm à domino ſoli ne ſuperficie frui poſſet, non ad aliud agere poterat contra dominum ſoli, quàm vt actiones ſuas præſtaret & cederet *d. l. 1. §. 1.* aut vt agere ipſe ſi mallet cogeretur, vt *in l. cùm in plures* 60. *§. meſſem ff. locat. l. Iulianus* 13. *§. penult. D. de action. empt.* Addunt interpretes, vt dubitandi rationem augeant, Vſufructuarium non poſſe alium fructuarium conſtituere *§. finitur Inſtit. de vſufru. l. ſi vſusfructus* 66. *ff. de iur. dot.* Cur ergo magis licebit ſuperficiario, vt alium ſuperficiarium conſtituat? Præſertim cùm ſi interpretibus credimus, ſuperficiarius quaſi vſumfructum in ſuperficie habere intelligatur. Sic enim illi intelligunt quod ſcriptum eſt *in d. l. 1. §. quia autem*, Superficiei quaſi vſumfructum & vſum quendam eſſe poſſe, quam interpretationem nos ſuprà refutauimus. Obijciunt poſtremò noſtri poſt Bart. *ad d. §. quod autem*, Superficiariũ perſimilem eſſe emphyteutę quem priuatus conſtituerit: Emphyteutam autem poſſe quidem ius ſuum donare, & legare, at non tamen vendere domino irrequiſito. Ex Iuſtiniani conſtitutio-

ne *in l. vlt.* vbi Glos. & alij *C. de iur. emphyt.* Cur ergo magis licebit superficiario, vt per superficiei venditionem alium superficiarium constituat? Tanti verò momēti hæc postrema obiectio esse visa est, vt ab ea incipiamus, vt non dubitauerit Bartolus admittere, intelligendum Vlpianum esse ex Iustiniani constitutione, vt superficiarius donare quidem & legare superficiem possit, at non etiam vendere, adeóque nec locare nisi eo modo quo ipse habet sicut emphyteuta, inquit, alium emphyteutam facit §. *adeò Iustit. de locat.* nisi quod subinde distinguit Bartolus duplicem superficiarium, Vnum qui emit superficiem nec ad aliquam præstationem tenetur, & iste, inquit, potest cedere quocunque titulo vult, & ita vult intelligi Vlpianum, quem negare non potest in ea esse sententia, vt admittat superficiem quocunque titulo tradi posse à superficiario. Alius verò est superficiarius, inquit, qui superficiem sub certa annua præstatione conduxit. Et in isto putat idem omnino iuris esse quod in emphyteuta, vt eo demum casu possit vendere vel alienare quo emphyteuta potest, ita vt lex Vlpiani per legem Iustiniani determinetur, maximè verò, inquit, si de eo tractemus, qui ab Ecclesia vel superficiem conduxit, vel aliquid in emphyteusim recepit. Tales enim nullo, inquit, titulo ius suum in alium transferre possunt irrequisita Ecclesia *l. 2. C. ne rei dominic. vel templor.* Ego illud primùm probare non possum, quod vult Bartolus, sic intelligendum Vlpianum, vt superficiarius donare quidem vel legare superficiem possit, at vendere non possit. Generalia enim sunt Vlpiani verba, & generalis sententia, vt possit superficiarius ius suum in alium transferre, siue translatio per traditionem facienda sit, vt euenit in contractibus, qui fiunt inter viuos, siue citra traditionem vt in legato, & donatione causa mortis, quemadmodum superiore capite interpretati sumus, idque omnino consequens est verbis & sententiæ edicti. Nam ex quo Prætor induxit, vt superficiarius plerisque casibus vtilem in rem actionem habere possit, non tanquàm dominus, siue directus, siue vtilis, quomodo interpretes loquuntur, sed quomodo loqui debuerunt, perinde acsi dominus, aut quasi dominus esset, cœpit etiam ad officium eius pertinere, vt pactiones omnes à superficiario factas dum ne contra legem contractus sui, perinde tueatur, acsi à domino ipso factæ essent, nec minùs eius qui cum superficiario quoquomodo contraxit, aut qui ab eo ius habet quocunque titulo, quàm ipsius superficiarij personam intueatur, vt non obscurè ratiocinatur Vlpianus *in dict. §. quia autem*, & Paulus *in l. tutor 16. §. vltim. D. de pignorat. act.* nec valdè dissimiliter Marcianus *in l. si legatum 4. D. quib. mod. vsusfruct. amitt.* Fit enim hoc non tam in fauorem posterioris superficiarij quàm in vtilitatem prioris, qui vtique ita posito iure per Prætorem, facilius inuenturus est cum quibus ad commodum suum contrahat quàm si ius suum in alium transferre prohiberetur: itémque in consequentiam illius noui iuris quod Prætor pro superficiario induxit, cui non potuit sanè vtilem actionem polliceri, quin eum quasi domini loco haberi voluerit, quo admisso necesse est vt quæcunque ab eo bona fide geruntur nec reluctante lege locationis perinde habeat, acsi à domino gesta essent, hac sola differentia quod vtiles in eam rem actiones accommodet, cessantibus directis quæ competerent si superficiarius legitimum ius haberet. Nec quemadmodum causæ cognitionem adhibet Prætor ad hoc vt actionem

Digitized by Google

ctionem vtilem in rem det primo ſuperficiario, ſiue contra dominum ipſum, ſiue contra extraneum, ita cauſæ cognitio vlla neceſſaria eſt, vt ſuperficiario ſecundo & ijs qui cum primo contraxerunt ſubueniatur, niſi illa ipſa quam pro primo ſuperficiario adhiberi oporteret ſi agere ipſe vellet. Semper enim illud inſpiciendum eſt, an conductio facta ſit ad longum tempus necne, ſiue primus ſuperficiarius agere velit, ſiue alius quiſquis ab eo cauſam habet, aliud verò prætereà nihil niſi vt ne quid, ſiue à priore, ſiue à poſteriore ſuperficiario contra legem locationis fiat *l. 1. §. vltim. D. de loco public. fruend.* Neque debet poſteriori nocere, quod cum eo contrahens quem ſuperficiarium ſciuit, videatur prudens & ſciens contraxiſſe cum non domino, atque ita malam fidem habere. Quid enim poſſis ei imputare qui cum eo contraxit quem ſciuit à Prætore haberi loco domini quantum ad ſuperficiem, vt ea omnia facere poſſit tuitione prætoria, quæ ſi eſſet dominus facere ipſo iure poſſet? An non ſub authoritate iuris prætorij deciperetur hic qui ſi edictum Prætoris non vidiſſet, nunquam cum ſuperficiario fuerat contracturus? nec rurſum quod ciuili actione ſubnixus ſit aduerſus primum ſuperficiarium cum quo contraxit, nocere ei debet quominùs ipſius ſuperficiarij iure vti poſſit ad proprium ius tuendum, ſicuti nec priori ſuperficiario ob id minùs ſuccurrendum putauit prætor, quod habebat ille ſuo iure ciuilem actionem contra ſoli dominum qui ſuperficiem conſtituiſſet *dict. l. 1. §. 1. D. de ſuperfic.* Præſertim cùm prioris ſuperficiarij interſit quàm maximè vt ſuperficiarium ſecundum poſſit conſtituere qui ius habeat apud Prætorem ea omnia faciendi quæ primus poſſet. Neque enim ciuilis actio tollit aut impedit prætoriam, niſi cùm prætoria eiuſdem tantùm non etiam maioris eſſet vtilitatis vt *in l. 1. D. de Publician. in rem act.* Atqui valdè intereſt ſecundi ſuperficiarij, vt eaſdem vtiles in rem actiones habeat quas primus haberet, idémque interdictum De ſuperficiebus, niſi quod priori ſuperficiario interdictum competit directum, Poſteriori verò vtile *dicta l. 1. in fin. De ſuperfic.* cùm interſit cuiuſlibet in rem potiùs, quàm in perſonam experiri *d. l. 1. §. 1.*

ERROR OCTAVVS.

Si ſuperficiarius qui ad longum tempus conduxit malit agere interdicto.

QVA etiam ratione ſoleo improbare, quod quaſi à Bart. ſcriptum *ad d. l. 1. §. quod ait Prætor num. 4.* Menochius probat *remed. 4. retin. poſſ. num. 35.* Ei qui ſuperficiem ad longum tempus conduxit, non eſſe concedendum interdictum De ſuperficiebus, propterea quod actionem in rem habere vtilem poſſit propter ius quod in re habet. Quid enim ei obſtare debet quòd vtilem actionem habeat, quominus poſſit etiam habere interdictum? An non ſemper commodius eſt agere interdicto, quàm vtili in rem actione? vel ob id potiſſimùm, quòd actio illa vtilis non niſi cauſa cognita, Interdictum verò etiam cauſa non cognita promittatur? Item quod

Digitized by Google

actio illa in rem vtilis haud dubiè tituli allegationem & probationem exigat, cùm ad exemplum vindicationis concedatur, siue illam superficiarius contra dominum exercere velit, siue contra tertium, at interdictum sola possessionis allegatione & probatione contentum sit *d. l.* 1. *§. proponitur*, vbi ait Vlp. Prętorem tueri hunc qui superficiem petit, veluti interdicto *Vti possidetis*; neque exigere ab eo quam causam possidendi habeat, sed hoc vnum duntaxat requirere ne fortè vi aut clam, aut precariò ab aduersario possideat. Neque verò Bartolus aliter sentit *dict. num.* 4. vbi tantùm ait, Eum qui conduxit superficiem ad longum tempus habere vtilem in rem actionem, quod etiam lex ait. Sed non negat, vt neque Vlpianus ipse dandum etiam illi esse interdictum, ne cui plus damus, denegemus quod est minus. Plus siquidem est habere in rem actionem vtilem, adeóque difficilius quàm habere interdictum. Et tamen interdicti vsus plerumque commodior est, ob eámque causam multò minùs denegandus ei qui vel in perpetuum, vel ad non modicum tempus superficiem cõduxit: Alioqui melioris hac parte condicionis esset qui ad modicum tempus conduxisset. Ac quemadmodum non aliter actionem vtilem in rem De superficie dat Prætor quàm causa priùs cognita, ita neque interdictum daretur nisi præcedente causæ cognitione: causæ autem cognitio quæ postulata in rem actione in eo maximè versatur vt conductori deneganda sit, si ad modicum tempus conduxerit, tota è contrario in eo versaretur postulato interdicto, vt ei qui in perpetuum, aut saltem ad longũ tempus conduxisset, interdictum denegari oporteret: quæ omnia non solùm à verbis edicti, sed etiam à iuris prætorij ratione & æquitate prorsus aliena sunt.

ERROR NONVS.

Vtrum superficiarius agens probare debeat causam iustam suæ possessionis.

ILLA sanè distinctio placet Bartolo, cùm quæritur, vtrũ superficiarius probare debeat causam iustã suæ possessionis necne? An superficiarius contra dominum soli agat an contra tertium? Vt priore casu debeat probare causam suę possessionis, quia cõtra se habeat præsumptionem quæ in dubio facit pro domino soli cui superficies naturaliter cohæret *l. obligationum sed* 44. *§. placet in fin. D. de oblig. & act.* Posteriore verò non item. Eámque distinctionem probari putat Bart. ex verbis *dict. l.* 1. *in princip. & §. proponitur.* Nam quod legis initio scriptum est, *Vti ex lege conductionis superficie, qua de agitur nec vi, nec clam, nec precariò alter ab altero fruimini, quominùs fruamini vim fieri veto*, refert Bartolus ad eum casum quo interdictum aduersùs ipsum soli dominum petatur à superficiario. Et hoc rectè, nisi quod idem admittendum puto, etiamsi non contra dominum agatur, sed contra eum tamen qui quasi dominus cùm non esset, vendiderit superficiem vel locauerit. Nihil enim refert an dominus soli fuerit necne is qui cõuenitur interdicto, si modò contraxerit cum eo, qui se superficiarium dicit. Quod autem scriptum est in *d. §. proponitur*, Prætorem tueri eum qui superficiem petit veluti interdicto Vti possidetis, nec ab eo exigere quam possidẽdi causam habeat, refert Bart. ad eum casum quo petatur interdictum aduersùs ex-

Digitized by Google

sus extraneum,& tertium possessorem.Sed hoc malè: Tractat enim Vlpianus in *eo §.* de illo ipso interdicto,de quo verba edicti retulerat initio legis, nec alium casum quàm illum ipsum qui verbis edicti continetur. Et ideò posteaquàm dixit Prætorem non exigere à superficiario , quam possidendi causam habeat,subiungit,*vnum tantùm requirit num forte vi aut clam,aut precario ab aduersario possideat.* Vbinam verò gentium id Prætor requirit nisi iis ipsis edicti verbis,quæ nos retulimus, *nec vi nec clam nec precario alter ab altero fruemini.* Vnus ergo tantùm casus est ad quem & totum edictum & tota edicti interpretatio aptari possit,ille nimirum quo superficiarius contra dominum soli aut alium à quo tanquam à domino superficiem,vel emit, vel conduxit, interdicto experiatur. Est enim personale interdictum vt ex verbis edicti apparet,sicut & cætera ferè omnia interdicta *l.1.§.penult.D.de interd.*nec proinde datur contra tertium possessorem , cui scilicet non possunt conuenire verba illa edicti *alter ab altero fruimini.* Ob idque nimirum non fuit Prætor contentus interdictum edicto proponere , sed addidit etiam actionem vtilẽ in rem , quæ licet contra ipsum quoque soli dominum detur , exemplo illius quæ de fundo vectigali proposita est,tamen præcipuè contra tertium possessorem promittenda,& comparanda fuit *arg.l.1.in fin.D.si ager vectig.*tanquam quæ minùs necessaria esset contra soli dominum, quem satis esse poterat teneri & personali actione,ex suo contractu,& interdicto.Cæterùm in vtroque errat Bartolus,& in eo quod præsupponens dari interdictum etiam contra tertium,vult non teneri eum probare titulum suæ possessionis , & in eo quod vult cogi eum docere de causa & iure suæ possessionis si contra eum ipsum agat,à quo superficies constituta est.Neutrum enim verum est,ac supposito etiam eo quod nos negamus, vt interdictum hoc superficiario competat,aduersus alium,quàm aduersus eum qui superficiem constituit , illud tamen semper verum esset non aliter futurum vt competeret, quàm si superficiarium se probaret,id est venditam sibi superficiem, vel locatam , siquidem non alij quàm superficiario Prætor interdictum pollicetur, superficiario,inquam,id est ei qui superficiem siue à domino , siue ab eo quem dominum soli putabat , vel emerit,vel conduxerit. Probanda igitur necessariò qualitas illa est,quoniam quisquis siue actione,siue interdicto experitur tãquam talis,ante omnia talem se probare debet, Quod ipsum nihil aliud erit, quàm probari ab illo titulum suæ possessionis. Planè non illud etiam ab eo Prætor exiget , vt probet superficiem iure constitutam esse , hoc est ab eo qui ius habuerit constituendi,seu quod idem est,qui dominus fuerit soli. Id enim esset non titulum,sed causam, & jus possessionis ab eo exigere , quod fieri non debet,cùm regulariter in interdictis si pauca excipias, non de iure quæratur sed de sola possessione. Sufficit autem prætori superficiem quoquomodo constitutam esse vt det interdictum De superficiebus aduersus eum qui superficiem ipse constituit quasi dominus,siue fuerit dominus,siue non.Sicut & in interdicto Saluiano,itémque de migrando,contentus est Prętor pactione pignoris ad illatas res obligandas , quamuis dominus non fuerit is qui conuenit de pignore *l.1.§.pen. D. de migrand. §. interdictum quoque Inst.de interd.* Eadem igitur ratio facit , vt si superficiarius experiatur interdicto contra extraneum & tertium possessorem , perinde cogendus sit vt probet se superficiarium , in eámque rem proferat instrumentum emptionis,aut locationis,vel ob hoc ipsum vt sciatur an ex lege locationis, vel

Digitized by Google

emptionis frui debeat ſuperficiarius ad eum modum, quem comprehendi vult interdicto. Sed non eo magis tamen cogetur docere de iure ſuo, id eſt quòd ſuperficiei conſtituendæ ius habuerit is qui tanquam dominus vel vendidit ſuperficiem, vel locauit. Habet enim ea res implicitam quæſtionem dominij, de quo tum demum quæri oportet, cùm vtilis in rem actio de ſuperficie, non cùm hoc interdictum exercetur.

ERROR DECIMVS.

De cauſæ cognitione aliter atque aliter adhibenda in actione & in interdicto De ſuperficiebus.

ATQVE ita accipiendum eſt, quod ſuprà diximus, actionem illam vtilem in rem non dari à Prætore niſi cauſa cognita, Vt nimirum cauſæ cognitio nō in hoc tantùm adhibeatur, an ad longum tempus, an ad modicum facta conductio ſit, vt vulgò creditur, ſed in hoc etiam vtrum ſuperficiem quis habeat à domino, an à non domino, vt ſi à domino, non ſit ei deneganda in rem vtilis, ſecus verò ſi à non domino, quo tamen caſu perinde competit interdictum, atque ſi à domino facta eſſet venditio, vel locatio, dummodò de venditione, aut locatione conſtet, quia in interdicto nō de alio quæritur, niſi an vi, aut clam, aut precariò poſſederit, is qui interdictū impetrauit, & an ex forma locationis, an contra eam aliquid poſtuletur, nec minùs ſi contra ſoli dominum, quàm ſi contra extrancum aliquem petatur interdictum. Itaque non illa diſtinctio adhibenda eſt, quam adhibet Bart. an contra dominum ſoli, an contra tertium poſſeſſorem interdicto quis experiatur, vt vno caſu magis minúſve quàm alio probatione oneretur, ſed illa potius An interdicto experiri malit, an vtili in rem actione. Quæ & in eo maximè differt ab interdicto, quòd quiſquis agit hoc interdicto dicit ſe poſſeſſorem, non minùs quàm qui interdicto Vti poſſidetis, ſiquidem vtrumq; interdictum duplex eſt tam quod prætoris edicto De ſuperficie, quàm quod ex illa edicti parte *Vti poſſidetis* proponitur, vt ſcilicet vterque litigator in vtroque interdicto & actor, & reus exiſtimetur. *d. l. 1. §. proponitur D. de ſuperfic.* Qui verò agit vtili in rem actione De ſuperficie, is aduerſarium vtique fatetur poſſeſſorem, ſicut euenit in aliis omnibus, ſiue directis, ſiue vtilibus in rē actionibus: vt ex hoc quoque facile ſit videre quàm commodius ſit experiri hoc interdicto quàm actione in rem vtili *l. is qui deſtinauit 24. D. de rei vindic. §. commodum Inſt. de interd.* Illud quoque obſeruatione non indignum eſt, eam diſtinctionem quam diximus ſolere adhiberi à Prætore in concedenda de ſuperficie vtili in rem actione, An conductio ſuperficiei ad modicū tempus, an ad longum facta ſit, non ſimiliter aptari poſſe ad eum caſum, quo ſuperficies vendita ſit non locata. Nec enim venditio fieri ſolet ad tempus, quoties id agitur vt per venditionem transferatur dominium, quod ex temporali cauſa transferri nunquam ſolet. Quamquam autem ſuperficiei dominium ſuperficiario acquiri non magis per venditionem quàm per locationem poteſt, obſtante natura rei quæ non patitur, vt ſiue per traditionem, ſiue per vſucapionem dominium ſuperficiei ſine dominio ſoli acquiratur *l. nunquam 26. D. de vſucap. l. obligationum ſerè 44. §. placet in fin. D. de oblig. & act.*

act. Vt tamen actio in rem vtilis de superficie competat, sic initum venditionis contractum esse oportet, vt quia id genus contractus per se habile est ad transferendum dominium interueniente traditione si ea per dominum facta sit, potuerit ex ea venditione transferri dominium ni condicio & natura rei venditæ obstitisset. Ex venditione porrò rei quantumlibet alienabilis non aliter transferri dominium posset, quàm si emptio in perpetuum, non ad tempus facta proponeretur. Qua de causa mirari etiam quis non immeritò possit, cur ergo detur vtilis actio in rem superficiario qui superficiem conduxit ad longum tempus, cùm nemo nesciat, ex locatione quanticumque temporis dominium transferri nullomodo posse, nec si locatio facta sit à domino, nisi distinctionem illam dominij directi & vtilis admittas, quam nostam sæpe iam explosimus. Sed respondendum est inductum id esse exemplo actionis quæ de vectigali fundo proponitur, quam placuit ei dari qui fundum vectigalem à municipibus conduxerit, at non etiam, quod magis mirêre, ei qui emerit. Hoc ipsum verò cur ita? Nempe, quia ex venditione fundi vectigalis, quam administrator municipum fecisset, dominium quiritiarium fundi transferretur, nec actione vlla De vectigali fundo indigeret is qui tanquam verus dominus directam fundi vindicationem habere posset, Vt proinde non possit locus fieri quæstioni De fundo vectigali, aut de actione eo nomine comparata, nisi cùm vectigalis fundus locatus est, non venditus. Nec enim quicquam est quod impediat, vt in venditione superficiei, quominus dominium fundi vectigalis ex venditione in accipientem transferatur.

ANTONII FABRI I.C. SEBVSIANI SENATORIS SABAVDIENSIS, ET IN GEBENNENSIS DVCATVS AVDITORIO PRAESIDIS,

DE ERROR. PRAGMAT. ET INTERPR. IVR.

DECAS LXV.

ERROR PRIMVS.

De vsufructu constituto in fundo vectigali, vel superficiario, vel fructuario.

DILVENDA supereſt illa obiectio, quam proxima Decade diximus fieri ab interpretibus nostris cùm tractant de secundo superficiario per primum constituto: Id enim ne possint facilè sibi

persuadere, mouentur ex eo quòd iure ciuili sic comparatum vident, vt vsufructuarius fructuarium constituere non possit *l. si vsusfructus* 66. *D. de iur. dot. §. fruitur Inst. de vsufr.* Accursius diuersitatis rationem illam attulit, quòd vsusfructus obtineat instar dominij, *l. vsusfructus* 4. *D. de vsufr. l. cùm filius* 76. *§. dominus de legat.* 2. fieri autem nequeat vt eiusdem rei plures domini in solidum esse possint *vulg. l. si vt certo* 5. *§. si duobus vbi Bartolus D. commod. l. de hereditate* 19. *§. pater D. de castrens. pecul.* Sed Bartolus improbat, quoniam, inquit, & per contractum superficiarium vtile dominium transfertur, cùm superficiarius tanquam dominus vtilis (sic enim loquuntur omnes & ratiocinantur) vtilem habeat in rem actionem. Et tamen superficiarij plures esse possunt si Accursio credimus, *ad l. 1. in princ. D. de superfic.* vbi faciens interpretationem verborum edicti notat posse locum esse edicto non tantùm si inter soli dominum & superficiarium proponatur interdictum, sed etsi inter plures superficiarijs, quasi & ijs optimè possint conuenire verba illa Prætoris *alter ab altero fruimini*. Bartolus verò aliam adfert rationem, quòd vsusfructus personæ cohæreat, nec ab ea separari vllomodo possit, indéque fiat vt si ego & Titius vsumfructum stipulemur, non possimus constitui duo rei stipulandi, quia in singulorum personis proprius intelligitur *l. si id quod* 15. *ff. de duob. reis*. Non malè. Cùm enim quærimus de vsufructu quem vsufructuarius constituerit, non de illo dubitamus, An possit ea constitutio vsusfructus secunda sic fieri, vt ambo fructuarij habeant vsumfructum, quod certum est fieri nullomodo posse, sed de hoc ipso quærimus, An vsusfructus qui penes priorem fructuarium fuit, sic ab eo possit abscedere, vt in alium transferatur, quod ne per venditionem fieri possit, illa tantùm ratio impedit quòd vsusfructus sit merè personalis, aliúsque futurus sit qui in secundi fructuarij, alius verò qui in primi persona fuerit constitutus. Nemo autem in alium transferre possit vsumfructum quem ipse non habeat, nisi eo sensu quo idipsum contrà scriptum est *in l. quod nostrum* 65. *D. de vsufruct.* Est enim aptior illa ratio amittendi vsusfructus quàm constituendi, dummodò cedatur proprietario *dict. l. si vsusfructus* 66. *D. de iur. dot.* Cæterùm ita vendi vsumfructum vt fruatur emptor non ex persona sua tanquàm sit ipse fructuarius, sed ex persona fructuarij, nihil prohibet, siquidem fructuarius manet is qui fruitur precio quod ex venditione redegit, tum quoque cùm emptor non fruitur re vendita *l. arboribus* 12. *§. vsusfructuarius l. non videtur* 38. *cum l. seq. D. de vsufruct.* Soláque cessio illa est, quæ facere posset, vt cessus vsusfructus alius in personà vsufructuarij esse videretur, quia non posset videri vsumfructum retinere qui ipse cessisset. At cùm superficiarius superficiarium constituit, alius quidem contractus est, sed tamen superficies eadem, licèt per plurium personas ambulet, quia non personale quiddam est sed reale, verior tamen ratio propter quam fructuarius fructuarium constituere nequeat non alia quærenda est quàm quia seruitutis seruitus esse numquam potest *l. 1. D. de vsufr. leg.* Vsumfructum autem seruitutem esse & quidem personalem nemo nescit. Nec tamen illa Accursij sententia & interpretatio recipi potest, quam adfert inter cæteras *ad dict. l. 1. D. de superfic.* vt eiusdem superficiei plures superficiarij esse possint, quasi sensus ille sit edicti prætoris in illis verbis *alter ab altero fruimini*. Etsi enim admittamus posse à superficiario quoque constitui superficiarium, putà si prior superficiarius vendat alij superficiem, non tamen illud æquè admitti potest, eiusdem rei

plures

plures eodem tempore esse posse superficiarios, non magis quàm plures vsufructuarios, siue quòd superficies non minùs quàm vsusfructus dominij instar habeat, cùm emolumentum rei penè totum contineat *arg. l. Mœuius 66. §. fundo de legat. 2.* iuncta *dicta leg. cùm plus 76. §. dominus eod.* Siue quòd superficiarius non ille dicatur cui superficies aliquando fuit constituta, sed is demum qui superficiem nunc habet *l. in speciali 73. §. 1. & leg. sequen. D. de rei vindicat.* quam potrò plures eodem tempore non facilius habere possunt, quàm plures eandem rem possidere *l. 3. §. ex contrario D. de acquir. possess. l. duo in solidum 19. D. de precar.* Sicut nec illud quoque probabile est quod idem Accursius noster supradicta edicti verba sic intelligit, quasi possit vnus vti superficie respectu vsusfructus, Alius verò respectu vsus, aut quasi plures sint, quorum quilibet habeat superficiem pro parte pro indiuiso, quæ alia ad eum locum interpretatio est, sed Prætoris haud dubiè sensus ille est, vt si de superficie contentio sit inter dominum, & superficiarium, prohibeat Prætor ne vis fiat quominus alter ab altero sic fruatur, quomodo anteà fruitus est non vi, non clàm, non precariò. Quid? Nónne & inter superficiarios interdictum dari potest? Vtique, perindè atque cùm inter dominum & superficiarium contenditur. Finge de superficie disceptari inter priorem superficiarium. & eum cui posteà is superficiem eandem vendiderit, Contendente vtroque se superficiem possidere: At non ideò tamen plures erunt superficiarij, sed plures qui se dicent superficiarios, nec minùs ad hunc casum verba edicti aptabuntur, quàm si de superficie inter superficiarium, & dominum ipsum contenderetur. Enimuerò is solus erit superficiarius qui se superficiem habere probabit, non qui habuisse. Numquam autem eueniet vt plures eodem tempore superficiem eandem habere, vel possint, vel videantur: nec vt sint plures superficiarij, quoties vna tantùm est superficies. An non verò etiam in fundo superficiario constitui vsusfructus potest? Equidem, sicut & in fundo vectigali. At ita, vt neutro casu valeat constitutio ipso iure, sed tantùm tuitione prætoria, inquit Vlpianus *in l. 1. in princip. D. quib. mod. vsusfr. amit.* nempe quia cùm vsusfructus sit seruitus, non ab alio vtique constitui potest quàm ab eo qui sit dominus prædij de cuius vsufructu tractatur: Quisquis autem fundum vectigalem habet aut superficiarium, is dominium eius fundi non habet, vt docuimus in præcedentibus. Ergo neque ius constituendi vsumfructum, sed tamen quoniam vterque domini loco est, apud Prætorem præsertim qui etiam superficiario dat vtilem in rem actionem, illud etiam fieri necesse est, vt Prætor constitutionem vsusfructus, siue ab hoc, siue ab illo constitutus sit, tueatur, haud secus quàm si à domino constitutus esset.

ERROR SECVNDVS.

De sententia & emendatione l. 1. D. quib. mod. vsusfr. amit.

VNDE illud etiam fit, quod scribit Vlpianus *in d. l. 1. D. quib. mod. vsusfr. amitt.* Cùm quæritur, an vsusfructus capitis minutione amittatur, nec tantùm vsusfructus, sed etiam actio de vsufructu, parum referre v-

trum iure sit constitutus vsusfructus, an tuitione prætoris. Subindéque proponens exemplavsusfructus, non iure, sed tuitione prætoria constituti, subiungit *Proinde traditus quoque vsusfructus, item in fundo vectigali vel superficiario non iure constitutus capitis minutione amittitur.* In quibus tamen verbis illud explicatu difficile est, quod habent de tradito vsufructu. Quasi verò non ipso iure, sed Prætoris tantùm tuitione constituatur vsusfructus qui per traditionem constituitur. Nam de vsufructu qui iure ipso constitutus sit, quid attinebat exempla dare cùm passim occurrant? Quænam verò aut frequentiora, aut aptiora, quàm de vsufructu constituto per traditionem ex causa venditionis, fortasse aut alterius huiusmodi contractus, qui iure ciuili sit adprobatus? Sic enim ea verba Accursius noster interpretatur. Tradi porrò vsusfructus intelligitur, cùm inducitur fructuarius in fundi possessionem, eúmve patitur proprietarius vtifrui *l. 3. in princip. D. de vsufr.* Etsi autem legati ius proprium illud est, vt acquiratur legatario sine traditione *l. 1. D. de public. in rem act. l. legatum 80. de leg. 2. l. à Titio 64. in fin. D. de furt.* vsusfructus tamen etiam legatus non nisi per supradictam traditionis speciem legatario acquiri potest, quia scilicet facto aliquo heredis, sicut & cuiuslibet proprietarij opus est ad constituendum vsumfructum qui non nisi per separationem constituitur, *l. vsusfructus pluribus modis 6. & l. sequen. D. de vsufruct.* quíque numquam fuit testatoris, cùm nemini res sua seruiat *l. quod nostrum 63. eod.* vt proinde non possit à testatore recta via transire in legatarium, quomodo de alijs legatis scriptum est *in dict. l. à Titio & dict. l. legatum*, sed & quod sequitur apud Vlpianum *Item in fundo vectigali vel superficiario non iure constitutus* ostendit manifestè non de alio vsufructu tractari eo loco quàm de illo qui non iure constitutus sit, quod & dictio *proinde* demonstrat, & articulus *quoque* si retineatur, eandem proculdubio suadet interpretationem. Illatio námque illa est, ex eo quod proximè dictum fuerat, parui referre ad amittendum capitis minutione vsumfructum, an ipso iure constitutus sit vsusfructus, an prætoris tuitione? Quis enim dubitaret amitti capitis minutione vsumfructum qui iure constitutus esset? Aut quis, obsecro vsusfructus, siue capitis minutione, siue quo alio modo amittetur, si non ille, qui iure constitutus est, amittitur? At de vsufructu non iure constituto dubitari eleganter poterat, cùm amitti non posse videatur, qui nec vllus esse intelligitur *vt in §. 1. dict. l. 1.* nisi ratio illa contrarium suaderet, quòd absurdum sit, ob id amitti difficilius vsumfructum, quia sit infirmior, nullóque iuris vinculo subnixus. Exemplo eius quod in specie non dissimili tractat Iulianus *in l. qui vsumfructum 3. D. si vsusfruct. petet.* Eum qui vsumfructum traditum sibi ex causa fideicommissi desijt in vsu habere tanto tempore quanto si legitimè eius factus esset amissurus eum fuerit, actionem ad restituendum eum habere non debere: quòd absurdum sit plus iuris eos habere qui possessionem duntaxat vsusfructus quàm qui dominium adepti sunt. Quid ergo sibi vult Vlpianus, cùm tractans de vsufructu non iure constituto, loquitur de vsufructu quoque tradito? Locus sanè mendosus apertè est, atque ita restituendus, ni fallor, vt pro *quoque* legamus *quomodocunque*, Nato, vt credibile est errore ex more scribendi contractiùs dictiones longiores qualis illa est *quomodocunque*, quam tamen non possis contractiùs scribere, quam si duas tantùm syllabas primam ac postremam retineas, pro cæteris superlineam inducas in hunc modum *quoque*. Sensus autem

tem

tem erit, Amitti capitis diminutione traditum quoquomodo vſumfructum, id eſt, ex quacunque cauſa traditus ſit, ſiue ex ea quæ ſit iuſta & legitima, iuri ſcilicet ac legibus cognita, quo caſu non dubitatur quin vſusfructus & iure conſtitutus ſit, & non vtendo amittatur, ſiue ex cauſa illegitima nec iure adprobata, fortè ex cauſa fideicommiſſi, vt in ſpecie *dict. l. 3. D. ſi vſusfruct. pet. & l. ſi legatum 4. D. quib. mod. vſusfruct. amitt.* vbi tractans æquè Marcianus de vſufructu legato quidem, ſed quem legatarius alij reſtituere rogatus ſit, Ait Prætorem id agere debere, vt ex fideicommiſſarij perſona magis quàm ex legatarij vſusfructus pereat: Ninirum quia ſicuti legatus vſusfructus iure conſtitutus dicitur, ita qui à legatario per fideicommiſſum relictus eſt alteri non aliud quàm Prætoris auxilium habere poteſt, cùm fideicommiſſa omnia iuris viribus deſtituta non niſi ex Prætoris fideicommiſſarij iuriſdictione conſeruentur, & conſequenter inſpecto ſummo iure deberet hic vſusfructus perire, ſiue morte, ſiue capitis diminutione, ſiue non vtendo ex perſona legatarij, non ex perſona fideicommiſſarij, ſi non ad officium Prætoris pertineret vt quemadmodum potiorem facit cauſam fideicommiſſarij quàm legatarij, ita & fideicommiſſarij potiùs quàm legatarij perſonam inſpici iuberet. Cur verò traditionis meminit Vlpianus *in dict. l. 1. D. quib. mod. vſusfruct. amitt.* An quia non poſſit vſusfructus iure conſtitui traditione interueniente? Atqui iam diximus Teſtamento quidem iure legati poſſe vſumfructum conſtitui, aut extra teſtamentum pactionibus id & ſtipulationibus fieri debere, vt ſcriptum eſt *in dict. l. 3. in princip. D. de vſufruct.* Sed tamen ijs quoque caſibus neceſſariam eſſe traditionem, ad habendum etiam ex cauſa legati vſumfructum, multò magis ſi pactio tantùm & ſtipulatio interuenerint, quæ minoris ſunt poteſtatis *dict. l. 1. D. de publician.* Sed de tradito vſufructu loquitur Vlpianus, non ſolùm, quia ſine traditione non poſſit vſusfructus vllus conſtitui iure prætorio, quod de vſufructu qui iure ciuili conſtitus ſit, æquè dici poteſt, ſed ob id maximè quòd cùm vſusfructus tuitione prætoria conſtituitur, illud tantùm requirimus, vt traditus ſit, nec illud præterea inquirimus, qua ex cauſa traditio facta fuerit, id eſt, an ex iuſta & legitima, an ex illegitima. Cauſam quidem aliquam ſubeſſe oportet, vt eiuſmodi conſtitutio vſusfructus tuitionem Prætoris mereatur, nec enim ſolet Prætor aut debet eam rem tueri quam ſine cauſa factam videat, ne tum quidem, cùm res illa talis eſt quæ iure ipſo ſubſiſtat *l. 2. §. circa D. de doli mali except. l. iuriſgentium 7. §. ſed cùm nulla ff. de pact.* Sed qualiſcumque cauſa ſufficit, quæ modò non ſit æquitate deſtituta, licèt vinculo iuris deſtituatur. Itaque non tantùm ex cauſa fideicommiſſi poterit vſusfructus conſtitui iure prætorio, vt *in d. l. 4. eod. tit. d. l. 3. ff. ſi vſusfr. petet.* ſed etiam ex alijs omnibus cauſis ex quibus ſolet Prætor facere vt in bonis alicuius id fiat quod alioqui ſit alienum, vt *in l. 2. §. vlt. ff. ſi ex noxal. cauſ. agat.* Et ideò vel ob hoc ipſum neceſſaria traditio eſt ad vſumfructum iure quoque prætorio conſtituendum, quia nec patitur vnquam Prætor vt ſine traditione dominium bonitarium cuiquam acquiratur, quemadmodum in præcedentibus docuimus. Sufficit igitur traditum eſſe quomodocunque & ex qualibet cauſa vſumfructum, vt tuitione prætoria conſtituatur. At non ſimiliter vt iure conſtitutus videri poſſit, tunc enim neceſſarium eſt, vt conſtituendi cauſa iuſta præcedat, puta venditionis, donationis, aut alia huiuſmodi.

Digitized by Google

ERROR TERTIVS.

De actione in rem quæ de fundo vectigali datur, quòd non sit prætoria.

AN verò quia vsusfructus in fundo vectigali non magis constitui potest sine tuitione prætoris, quàm in fundo superficiario, consequens erit vt actio in rem quæ de fundo vectigali datur, perinde sit prætoria, atque ea quæ datur de superficie? Minimè verò: Ratio enim publicæ vtilitatis suasit, vt de fundo vectigali actio iure ciuili aliqua proponeretur, Ne alioqui non facilè inuenirentur qui fundos vectigales à republica conducere vellent, quemadmodum diximus in superioribus. Non similiter, vt de fundis superficiariis, tanquam quorum ius non tam ad publicam, quàm ad priuatam singulorum vtilitatem pertineat. Neque tamen æquè potuit ea ratio facere vt vsusfructus constitutio à vectigalis fundi possessore facta valeret ipso iure, cùm neque à domino facta esset, neque validitas eius ad vtilitatem publicam, sed ad possessoris & fructuarij commodum pertineret. Et sanè credibile est si qua vlla edicti parte Prætor actionem de fundo vectigali proposuisset, fuisse illũ tùm maximè propositurũ, cùm interdixit De loco publico fruendo, sicut & actionẽ in rẽ De superficie proposuit cùm interdixit De superficieb. Interdictũ enim illud De loco publico fruẽdo cõstat propositũ esse publicæ vtilitatis causa ad tuenda vectigalia publica dũ prohibetur quis vim facere ei qui publicũ vectigal fruendũ conduxit, locáq; illa publica in quib. vectigaliũ exactio & solutio fieri solet, vt Iacob. Cuiac. *in paratitlis ad titulũ illũ De loco publico fruẽdo* interpretatur. Etsi verò aliud est de vectigalib. publicis, aliud verò de fundis vectigalibus disputare, aliud de publicanis vectigalium publicorũ conductoribus, aliud de prædiorum vectigalium possessoribus, qui vtiq; nõ sunt publicani, vtrumque tamen hoc genus contractuum, & personarum, ad publicam vtilitatem æquè spectat, ex qua parte augent reditum reipublicæ, vnde & agri publici appellantur, qui sunt vectigales *l. eotem* 11. *§. 1. D. de public. & vectigal.* quamuis non similiter possint dici loca publica. Proinde nihil alienum à proposito suo fecisset Prætor, si eodem edicto quo proponebat interdictum de loco publico fruendo, actionem quoque de vectigali fundo proposuisset; feciſſétque haud dubiè si nulla iam antè alia proposita fuisset: cuius tamen cùm nulla extent vestigia in toto prætoris edicto, non possum videre cur actionem hanc prætoriam esse interpretes vulgò velint. Magísque miror quod video Cuiacium *in paratitlis ad illum tit. Si ager vectig. id est emphyt. pet.* ita sentire, sibíque ac nobis fingere formulam edicti, quasi proposita sit à Prætore his verbis, *si ager vectigalis petatur causa cognita iudicium dabo.* Quam formulam sumpsit ille proculdubiò ex verbis edicti De superficiebus, nec animaduertit causæ cognitionem, quam necessariam putauit Prætor in danda vtili in rem actione de superficie, adhiberi non debere, cùm actio de vectigali fundo postulatur, quam certum est omnimodo omníque casu cõpetere, dum ne contra formam locationis & conductionis postuletur: & ideò nimirum competere dicitur non dari *in d. l. 1. D. si ager vectig. pet.* Nec quod forma locationis seruanda sit potest inducere necessitatem cognitionis interponendæ, Alioqui etiam de interdicto quod prætor proposuit De superficie-

perficiebus idem dici deberet, non dari illud niſi cauſa cognita, ſiquidem ipſa interdicti verba oſtendunt, non aliter dari quàm *vti ex lege locationis ſiue conductionis ſuperficie, qua de agitur, nec vi, nec clam, nec precariò alter ab altero fruitus eſt l.1.ill.tit. De ſuperfic.* Et tamen conſtat interdictum illud nullā cauſę cognitionē exigere, in cóq; differre ab vtili in rē actione. De ſuperficie quā eodem edicto propoſuit Prætor ideóque nec dari dicitur ſed competere, tum quoque cùm vtile tantùm eſt non directum *d.l.1.§.vlt.* Sicut nec interdictum de loco publico fruendo vllam cauſæ cognitionem exigit vt competat vel detur, quamuis non eo minùs exigat Prætor vt è locationis lege frui deſideretur. Vltra legem enim vel contra legem non debet audiri qui frui deſiderat inquit Vlp. *in l.1.§.vlt. D. de loc. public. fruend.* Nimirum interdicta omnia cauſæ cognitionem aliquam exigunt, at non vt impetrentur, cùm ipſis edicti verbis proponantur, ſed vt benè impetrata pronuncientur. Facti enim quæſtionem ſemper, nonnunquam etiam iuris implicitam habent, de qua proinde cognoſcendum ſemper & pronunciandum eſt. Cauſæ verò cognitio quam nos neceſſariam eſſe negamus illa eſt quæ præcedat impetrationem interdicti ſiue De ſuperficiebus, ſiue De loco publico fruendo, quomodo præcedit illa, quam adhiberi neceſſe eſt cùm vtilis in rem actio De ſuperficie poſtulatur, quam idcirco nec proponit prætor, vt interdictum, ſed pollicetur *d.l.1.§.1. De ſuperfic.* Similiter igitur actionem de fundo vectigali aio cōpetere ipſo iure, nec vllam cauſæ cognitionem ad eam inſtituendam requiri, quæ neceſſaria eſt ad inſtituendam & impetrandam vtilem in rem actionem De ſuperficie, quamuis non negem expediri actionem illam, vt ad ſententiam perueniatur ſine cauſæ cognitione non poſſe. Cognitio autem in eo potiſſimum adhibenda eſt vt inueſtigetur an municipum fundus ſit & ab iis locatus is qui petitur tanquam vectigalis. Nec enim aliter vectigalis eſt, quàm ſi eius proprietas ad municipes pertineat, & locatio ab ipſis municipibus, id eſt à municipij adminiſtratoribus facta ſit.

ERROR QVARTVS.

De differentia vectigalis agri & emphyteuticarij.

IN quo rurſum fallitur meo iudicio Cuiacius, qui ſupradicto loco notat in iure noſtro agrum vectigalem ſemper eſſe agrum emphyteuticarium, id eſt, vt ille ſubinde diſtinxit, quem dominus quilibet in perpetuum vel in plures annos tranſtulit in alium ea lege vt id melius, cultiúſque redderet conſtituta penſione certa. Nam imò verò vectigales fundos nunquam Iureconſulti noſtri alios eſſe dixerunt, quàm qui ſunt agri ciuitatum, quorum ſumma diuiſio illa eſt, vt alij vectigales vocentur, alij non vectigales, quomodo ſcripſit Paulus *in d.l.1. ſi ager vectig. pet.* vbi repetenda eſt dictio *vectigales* & bis ſcribenda, quæ ſemel tantùm ſcripta eſt poſt negationem in hunc modum: *alij non vectigales. Vectigales vocantur*; nato errore ex eo quod veteres librarij literas, ſyllabas & dictiones repetendas, ſemel tantùm ſed mainſculis caracteribus ſcribere ſolerent qui perpetuus mos eſt librarij Florentini & ex quo multa in libris noſtris menda fluxerunt à nobis aliàs prout ſeſe occaſio obtulit obſeruata. Aliud enim eſt dicere non omnes agros ciuitatum eſſe vectigales: Aliud verò, Eſſe quoſdam qui dicantur non vectigales. Et ideo ſub-

iicit Paulus in ſequentibus *non vectigales ſunt*. Denique proprietatem municipum eſſe neceſſe eſt & locationem ab iis factam, vt fundus vectigalis dici poſſit *d.l.1.§.vlt.l.ſi finita* 15.*§.ſi de vectigalibus D.de damn.infect. l. cùm ſponſus* 12. *§. in vectigalibus D. de Public.in rem act.* vbi cùm tractetur de vectigalibus prædiis quæ vſucapi non poſſunt, apparet non de aliis poſſe id intelligi quàm quæ ſunt reipublicæ & ciuitatis. Nec enim vllo iuris loco proditum eſt fundos emphyteuticarios à priuatis locatos tale priuilegium habere vt vſucapi non poſſint ſi fortè quis eos bona fide acquiſiuerit tanquam non emphyteuticarios: Etiamſi ponas ſolutum canonem annuum proprietario, quem hodie dominum directum appellamus, quia non eo minùs verum eſt ſibi ſuóque nomine poſſediſſe bonæ fidei emptorem per conſtitutum tempus, quod ſufficit ſempérque potuit ſufficere ad vſucapiendum *l. Pomponius* 29. *D.quib.mod.vſufr.amitt.* In ſumma fundus emphyteuticarius eſt qui à priuatis locatur ad eum modum quo ſolebant olim locari à municipibus agri ciuitatum, id eſt ea lege vt quandiu certa penſio ſoluatur, non poſſit aufferri fundus conductori. Fundi verò vectigales prorſus è contrario qui à ciuitatibus & municipibus, ſiue in perpetuum, ſiue ad tempus ita fruẽdi locabantur, quomodo priuatim agros ſuos locare vix quiſquam ſolebat olim, cùm Paulus ſcribat diſertis verbis *in d.l.*1. Non vectigales fundos eos eſſe qui ita colendi dantur vt priuatim agros noſtros colendos dare ſolemus. Tantum abeſt vt apta ad Iuriſprudentiam noſtram interpretatione potuerit *ad tit. Si ager vectig. petet.* illa ſubiici expoſitio quam ſiue Tribonianus, ſiue alius quiuis malus interpres ſubiecit, *id eſt emphyteuticarius* reſpiciens ad Zenonis & Iuſtiniani conſtitutiones De iure emphyteutico latas, antequas cùm planè incertum eſſet, quænam actio contra dominum ipſum ex contractu emphyteutico dari deberet, cuius ipſa etiam natura ignorabatur, vt diximus in ſuperioribus & *libr.*20. *Coniect.cap.*11. nemo vtique probabiliter dixerit actionem de vectigali fundo cuius in libris noſtris mentio fit, in eam rem fuiſſe contra tertium comparatam vel accommodatam: longéque probabilius eſt conſuluiſſe prudentes ſi quando talis caſus emergeret, qui tamen rariſſimè contingebat, vt actio præſcriptis verbis contra dominum inſtitueretur. Cuius tùm maximè neceſſarius & ſollennis vſus erat cùm ignorabatur aut dubitabatur quænã actio certò cõpeteret *l.*3. *&* 4. *l. ſi gratuitam* 17. *& paſſ. D. de præſcript. verb.* Sed ea actio in perſonã tãtùm erat nõ in rẽ vt & actio ex vẽdito quã ex illo cõtractu nõnulli aut ex cõducto quã alij dãdã exiſtimabant *§. adeo Inſt.de locat.* Neq; verò ipſæ etiã Zenonis aut Iuſtiniani conſtitutiones vllã in rẽ actionẽ emphyteutæ dederũt, ſed perſonalẽ ſolã ex ipſo cõtractu, cuius perſonalis actionis poteſtate ſibi ſatis cõſulere poterat emphyteuta, dominũ vrgẽdo vt cederet & præſtaret actionẽ in rẽ quam aduerſus tertiũ quẽlibet poſſeſſorẽ habebat, quẽadmodũ in ſuperficiario ante propoſitũ à prætore interdictũ De ſuperficie obſeruari ſolitũ fuiſſe teſtatur Vlp. *in d.l.*1. *§.*1. *De ſuperfic.* At de vectigali ſũdo actio tota in rẽ erat ſiue cõtra municipes ipſos, ſiue contra tertiũ poſſeſſorẽ exerceretur, quæ cùm ab initio cõpetierit ex prudẽtum autoritate iuriſque ciuilis ratione fueritq; multò cõmodior & vtilior quàm actio in perſonam quælibet, vt ratiocinatur Vlp. *in d.l.*1. *§.* 1. *De ſuperfic.* Inde nimirũ fortaſſe factũ fuit vt nulla in libris noſtris veſtigia extẽt veteris quæſtionis, quam legimus agitatam fuiſſe, quænam perſonalis actio ex locatione fũdi vectigalis danda eſſet poſſeſſori: Quaſi ſuperuacua futura eſſet ea quæſtio & inutilis ei qui paratam haberet contra quemlibet in rem actionem:

Ex quo

Digitized by Google

Ex quo inferri à contrario ſenſu poteſt, cùm tantis contẽtionibus tantóque tempore controuerſum ſit inter veteres ad Zenonis vſque tempora quęnam actio ex cõtractu emphyteutico competere poſſet, apparere vel eo maximè, nullam emphyteutæ actionem in rem competiiſſe, neque directã, neque vtilem. Tantum abeſt vt actio de vectigali fundo ei accommodari potuerit pro fundo qui vectigalis nõ eſſet. Fuit enim actio illa propria de fundo vectigali, & ad hoc fundorum genus ſpecialiter accommodata cùm anteriores omnes in rem actiones ſiue directæ, ſiue vtiles eo caſu deficerent, ſicut & ſuperficiarium proprio interdicto propriáque actione de ſuperficie tuetur prætor, quòd neque per interdictum Vti poſſidetis, neque per aliam vllam ſpeciem actionis in rem etiam vtilis ſubueniri ei poſſet. *l. 3. §. ſed ſi ſi. pra D. vti poſſid.* Quę res facit vt quemadmodum ſuperficiarius potior eſt dómino ſoli in interdicto De ſuperficie ſine quo haud dubiè ſuccũberet in interdicto Vti poſſidetis, quia etiam iure prætorio ſuperficies cedit ſolo, idcóque vinceret dominus ſoli etiam apud prætorem ſi iure communi ageretur per interdictum Vti poſſidetis, *d. §. ſed ſi ſuprà*. Ita conductor fundi vectigalis vincere debeat poſſeſſorem quemlibet etiam dominũ ipſum, Non agendo vindicatione, quę non datur niſi ei, qui dominus ſit iure gentium vel ciuili, *l. in rem 23. & paſſ. D. de rei vindic.* neque agendo Publiciana quæ licèt directa in rẽ actio ſit prętoria, contra dominum tamen regulariter non datur *l. penult. De public. in rem act.* Sed agendo propria iſta actione, quæ dicitur De fundo vectigali ſumpto nomine à materia: Quæ actio ſicuti propria eſt huius negotij, ſic & propriam habet naturã ex cõtractu ipſo deſcẽdẽtem, quæ efficit vt nõ mínùs imò tantò magis cõpetat cõtra dominũ qui contraxit, quàm contra tertiũ poſſeſſórem qui non cõtraxit, dũmodò legi cõtractus pareatur. Hoc enim omnino requirimus, tùm quoq; cùm hæc actio cõtra tertiũ poſſeſſorẽ exercetur. In quo mira ſanè eſt huius actionis natura quę ſic ex cõtractu deſcẽdit vt tamẽ in rẽ ſit, & ſic in rẽ eſt vt tamẽ ex cõtractu deſcẽdat: quod vix de alia vlla ciuili actione ſimiliter poſſis dicere: At nec de vlla prætoria, ſi eã excipias de qua iã tam multa ſcripſimus, De ſuperficie. Nã & illa deſcẽdit ex cõtractu, & cõpetit pariter in rẽ etiã cõtra dominũ *d. l. 1. §. 1. & 2. De ſuperfic.* Ideò vtraq; propria ſui negotij actio eſt, nec tamẽ idcirco vtraq; aut ciuilis aut prætoria. Sed illa ciuilis, hæc prætoria, vt vel hæc ipſa huiuſmodi actionũ ſimilitudo demõſtrat. Si qua enim edicti ſui parte Prætor actionẽ de vectigali fundo propoſuiſſet, vt prædij vectigalis cõductori proſpiceret, Cur nõ æquè proſpexiſſet ſuperficiario, cãdem ſi nõ actione, ſaltem edicti parte? Aut ſi fortè per incuriã omiſſum id fuiſſet. An nõ potuiſſet prętor ad exemplũ actionis de vectigali fundo etiã vtilem de ſuperficie in rem actionem, veluti de vectigali fundo, proponere? Quomodo & ad exemplũ interdicti Vti poſſidetis, quod ſuperficiario vtile eſſe nõ poterat propoſuit interdictũ propriũ De ſuperficie velut interdictũ Vti poſſidetis, inquit Vlpianus. Nam & ſimiliter placet Cuiacio interdictũ de ſuperficiebus æquè accommodandum eſſe etiam emphyteuticario & feudatario, quamuis de ſolo ſuperficiario dixerit prætor. Sed non potuit, quoniam actio de vectigali fundo cùm ſit ciuilis æſtimanda fuit ex ratione iuris ciuilis, quę nullomodo patitur vt ſuperficiario conſulatur per actionẽ in rem etiã vtilem, præſertim verò aduerſus dominũ ſoli. Quòd ſi vera eſſet Cuiacij ſententia exiſtimãtis interdictũ illud de ſuperficiebus, etiã emphyteutæ ac feudatario accommodandũ eſſe. An non eſſet expeditius perinde accómodare iſtis vtilem actionem de ſuperficie quàm actionem de vectigali fundo?

ERROR QVINTVS.

De ratione & neceſsitate interdicti De ſuperficiebus, & an accommodari poſsit emphyteutæ & feudatario.

ATTAMEN nec illud verum puto quod vult Cuiacius Interdictum de ſuperficiebus accommodari emphyteuticario quoque & feudatario. Quid enim neceſſe eſt eo interdicto ipſis conſulere quod ſuperficiarij proprium eſt, cùm poſſint illud habere quod omnibus poſſeſſoribus commune eſt, *Vti poſſidetis*? Nam cur non habeant, cùm ſint verè poſſeſſores, & quidem ad propriam vtilitatem? Sicut & creditores omnes qui incumbunt pignori, ſi eos excipias qui cuſtodiæ tantùm cauſa in poſſeſſionem miſſi ſunt, quos vtique conſtat non poſſidere, in eóque differre à cæteris creditoribus pignoratitiis qui verè poſſident & ſibi in omnibus præterquàm ad vſucapionis cauſam *l. qui pignori 36. D. de acquir. poſs. l. ſerui nomine 26. D. de vſucap.* iunct. *l. 3. §. creditores D. vti poſsid.* Dices Emphyteutam eſſe conductorem, Conductores autem omnes domino eidémque locatori poſſidere non ſibi, ob idque non tam poſſidere intelligi quàm eſſe in poſſeſſione *l. ſi quis ante 20. §. 1. D. de acquir. poſs.* Non poſſe igitur fieri, vt colono aduerſus locatorem competat interdictum Vti poſſidetis, ſed tantùm locatori aduerſus colonum aut alium quemlibet id agentem vt locatoris poſſeſſionem turbet *l. 3. §. cùm inquilinus.* iunct. *d. l. 1. §. interdictum autem. D. vti poſsid. l. officium 9. D. de rei vindic.* Sed facilis reſponſio eſt, longè aliam eſſe rationem emphyteutæ, aliam ſimplicis coloni & conductoris. Emphyteuta namque poſſidet quidem rem alienam, cuius nec directus ipſe dominus eſt nec vtilis, & quidem ſciens, ideóque nec vllo tempore per poſſeſſionem acquirere illam ſibi poteſt, quia id citra malam fidem facere non poſſet *l. 2. C. de præſcr. 30. vel 40. annor.* Sed tamen poſſidet ſibi non domino, cùm ita rem teneat vt quandiu penſionem annuam præſtabit, non poſſit ei dominus inuito rem auferre quod in cæteris conductoribus diſſimile eſt *d. l. 1. & 2. D. ſi ager vectig.* Replicabis Eãdem rationem in ſuperficiario quoq; locum habere *l. in ſpecialibus 73. §. 1. & l. ſeq. D. de rei vindic.* neque tamẽ dubitari quin ſuperficiario inutile ſit interdictum *vti poſsidetis*; cùm neceſſe fuerit ei ſubueniri per proprium interdictum De ſuperficiebus, non per interdictũ Vti poſſidetis, quomodo Accurſ. malè interpretatur *d. l. 3. §. ſed ſi ſuprà D. vti poſs.* Reſpondebo, conuenire quidem ſuperficiarium & emphyteutam in eo quod ſunt conductores prædij alieni, & ea tantùm lege vt quoad penſio ſoluatur, auferri res iis non poſſit. Sed differre in eo, quod emphyteuta non tantùm ſuperficiei conductor eſt, ſed etiam ſoli eidémque iure ſolum quo ſuperficiem tenet, Superficiarius verò vel ſolius ſuperficiei conductor eſt, vel ſi etiam ſoli, non tamen niſi propter ſuperficiem, Vnde & ſuperficiarius appellatur. Itaque non poteſt ius ſuperficiarij impedire quominùs poſſeſſor ſoli, manéat dominus, qui porrò poſſidere ſolum non poteſt quin hoc ipſo poſſideat ſuperficiem: Cùm etiam quod ad cauſam poſſeſſionis non minùs quàm quod ad cauſam dominij ſuperficies cedat ſolo nec minùs prætorio iure quàm ciuili *d. l. 3. §. ſedſi ſuprà D. vti poſsid.* Niſi cùm ſuperficies talis eſt cuius poſſeſſio ſeparata eſſe poſſit: Vt puta ſi ad ſuperius cœnaculum

culum aditus sit aliquis ex publico, & aliunde quàm per ædes inferiores vt *in d. §. sed si suprà*. At ius emphyteutæ qui totum prædij corpus sibi habet impedit ne is qui emphyteusim concessit possidere quicquam ex ea re dici possit. Proinde nihil habet, is, qui fundum in emphyteusim dedit, propter quod negari possit emphyteutam verè ac propriè possidere: Neque hoc negabũt nobis interpretes qui adeò emphyteutæ tribuunt vt dent ei, & quidem tanquam vtili domino etiam vtilem in rem actionem quam nos denegamus. Quid enim illi prodesset habere huiusmodi actionem in rem, si etiam posteà quàm possessionem nactus esset, adhuc tamen non possideret? An non verò facilius est, vt possessionem quàm vt dominium habere existimetur, quod vtique difficilius & acquiritur & amittitur. Quid? An non Prætor tuetur etiam superficiarium tanquam possessorem? Minimè verò, sed tanquam superficiarium, & ideò cùm nõ posset ei prodesse interdictum Vti possidetis, quod tamen omnibus soli possessoribus prodest, necessarium fuit vt prospiceretur ipsi proprio interdicto De superficiebus, vt diximus. Dicat aliquis mirum non esse quod interdictum Vti possidetis non competat superficiario, nec si fateamur superficiem ab eo possideri cùm non aliis cõpetat quàm possessoribus soli. Aliud verò sit superficiem, aliud solum possidere. Non esse igitur bonam consecutionem si quis ex eo inferat, Superficiem à superficiario non possideri. Verùm facile est animaduertere non alia de causa soli possessoribus duntaxat accommodatum illud interdictũ quàm quod in causa possessionis non possit separari superficies à solo non magis quàm in causa proprietatis, Vnde fit vt nunquam superficies sine solo vsucapi possit *l. nunquam 26. l. si solum 39. D. de vsucap.* quomodo posset haud dubiè si sine solo possideri posset.

ERROR SEXTVS.

De sententia l. 1. §. item videamus, & l. 3. §. sed si suprà D. vti possid.

NEc rursus est quod quis dicat non esse nouum vt quis possideat rem soli & immobilem, cuius tamen nomine nõ possit experiri, interdicto Vti possidetis fortè si de ea re agatur quam alius quoque possideat, quod interdum euenire constat vt in specie illa quam Vlpianus tractat *in d. l. 1. §. item videamus D. vti possid.* Si proiectio supra vicini solum non iure haberi dicatur. In qua specie ait ex Cassio interdictum Vti possidetis si inter eos petatur, vtrique esse inutile, quia, inquit, alter solum possidet, & consequenter quicquid supra solum est ad cœlum vsque *l. vlt. §. pen. D. quod vi aut clam.* Alter verò cum ædibus superficiem. Quo exemplo, similiter igitur & in proposito possit quis tentare inutile esse interdictum Vti possidetis superficiario aduersus dominum, non quia superficiarius non possideat, sed quia etiam dominus soli possidet superficiem hic cum solo, ille sine solo. Cùm autem vterque possidet certum est neutrum posse vincere, Ne alioqui necesse esset vt vterque vinceret, quod impossibilem faceret iudicati executionem. Sed non ita esse, vt ob hanc causam superficiario denegetur interdictum quod vterque possideat ostendit satis idem Vlpian. *in d. §. sed si suprà*, vbi disertè scribit dominum soli tam aduersus superficiarium ipsum, quàm ad-

Digitized by Google

uersus aliũ quélibet eo interdicto potiorem fore. Nõ enim potior esse posset, si etiam superficiarius possideret. Imò verò neuter eo casu vinceret, neuter vinceretur. *d. §. item videamus*, Cuius sententiam & rationem malè percepit vir doctissimus Iacobus Cuiacius cùm textum emendauit in illis verbis *vtrique esse inutile* vt pro *inutile* reponeret *vtile*. Benè in eo notatus à Ioanne Roberto, sed mala ratione, Quòd, inquit, proiectum non sicut superficies cedat solo. Propositio enim falsa est vt benè Cuiacius replicauit, *ex d. l. vlt. §. pen. quod vi aut clàm*. Collectio autem inepta, quoniam si dominus soli supra quod proiectum est non possideret superficiem ad ratam soli sui portionem, fatendum esset fore vt alius solus possideret, ac proinde vt ei deberet vtile esse interdictũ quod tamen vtrique inutile esse habet vulgata lectio quã & Robertus defẽdit, & nos tuemur. Sed labitur in eo fœdiùs Cuiacius, quod rationẽ Vlpiani malá & ineptã esse audet dicere, quę tamẽ vt optima sit concludentissima est: Supponit enim pro vero & assumit, quod nec Cuiacius ignorauit qui id ipsum docuit *lib. 5. obser. cap. 22.* quoties vterque possessor est nec alius ab alio possidet neutrum posse aut vincere, aut vincere interdicto Vti possidetis. Huic siquidem propositioni necessariò consequens est quod vult Vlpianus vt si duo sint quorum alter solum, alter superficiem cum ædibus possideat, vtrique sit inutile interdictum, quia dici nequeat vter possit aut debeat vincere. Quod verò idem Cuiacius addit in posterioribus *Obseruat. lib. 17. cap. 2.* vt veterem suum errorem mordicùs tueatur, debere prætorem in eo interdicto suam cuique possessionem tueri, prorsus ineptum est. Quomodo enim tueretur quin faceret vt vterque vinceret? Aut quomodo faceret vt vterque vinceret, quin illud etiam eueniret, vt vterque vinceretur? Aut quando locum habebit quod nos cum Cuiacio diximus, Vtroque possidente neutrum vincere debere, si suam cuique possessionem tueri debet Prætor? Non nego fuisse ex antiquis prudentibus pleroſque qui putarent posse duos eandem rem in solidum eodem tempore possidere, diuerso tamẽ possessionis genere vnum iustè, alium iniustè, vnum naturaliter alterum ciuiliter. Sed qui dixerit posse vtrumque possessorem & debere vincere si congrediantur interdicto Vti possidetis nemo vnquam fuit.

ERROR SEPTIMVS.

De Accursij & Bartoli traditionibus ad d. §. sed si suprà, & ad d. l. 1. §. quia autem D. de superfic.

HÆc verò omnia Accursius quoque & Bartolus malè explicant, Non in eo solum quod *ad d. §. sed si suprà*, notant possidere superficiarium qui habet cœnaculum dandúmque ei interdictum Vti possidetis, siue cœnaculum habeat aditum ex publico siue non habeat, contrà quàm disertè scriptum sit *in verſic. cæterùm eod. §.* Sed & in illo etiam, quòd in emphyteuta & superficiario priuati ad differentiam eius, qui à ciuitate conduxit, idem iuris constituunt. Sic enim Bart. *ad d. l. 1. §. quia autem D. de superfic.* Nec eas agnoscunt differentias quas nos in superioribus obseruauimus. Quod si verum est vt est, emphyteutam habere suo iure interdictum Vti possidetis etiam aduersus dominum

num ita vt non egeat alio illo interdicto quod superficiariorũ proprium esse Prætor voluit, Quantò magis fatendũ est idẽ interdictũ Vti possidetis accommodari posse & debere possessori fundi vectigalis ad tuendam contra ipsum quoque dominum suam possessionem, quam si non haberet, etiam per ciuilem in rem actionem recuperare posset? Summa rei hæc est. De vectigali fundo competere ex prudentum autoritate ciuilem in rem actionem, quæ proprium nomen habet De fundo vectigali, Competere item ex prætoris edicto interdictum Vti possidetis ad retinendam possessionem, vt & interdicta restitutoria ad eandẽ possessionẽ si amissa sit recuperandã: Superficiario neque ciuilẽ actionem cõpetere neque interdictũ siue directum siue vtile *Vti possidetis* sed aliud proprium quod dicitur De superficie ad exemplũ illius *Vti possidetis* comparatum. Itémque prætoriam vtilem in rem de superficie actionem superficiario dari posse sed non nisi cum causæ cognitione. Emphyteutæ denique nullam ciuilem aut prætoriam in rem actionem vnquam competiisse nec hodiè competere, neque dari debere etiam cum causæ cognitione, sed solùm interdictum vti possidetis cæteráque interdicta possessoria si certet de possessione tantùm, itémque personalem actionem ex contractu illam quam primus Zeno formauit, & introduxit: Vt plus iuris habeat emphyteuta quàm superficiarius in causa possessionis, minùs verò ad agendum in rem. Vterque verò tam in causa possessionis quàm quod ad in rem actionem minùs quàm possessor fundi vectigalis licèt non magis hic dominus sit quàm cæteri, quibus vt videri fauorabilior debeat facit solus fauor ciuitatis à qua ius habet, cùm cæteri habeant à priuato. At quid de feudatario? Plus ille certè iuris habet quàm cæteri omnes cùm per traditionem feudi dominiũ transferatur in accipientem quamuis non nisi certis legibus, quibus si non pareatur ad concedentem reuertitur. Sed latior planéque diuersus tractatus ille est, de quo in postrema Chiliadis parte plura, Deo fauente, scribere statuimus, sed quibus tamen non paruam lucem illa adferent quę in hac Decade à nobis disputata sunt De vectigali fundo, De superficiario & de emphyteuticario.

ERROR OCTAVVS.

De sententia & ratione l. epistolam 75. §. mulier D. ad SC. Trebell.

RESPONSI huius sententiam non benè videntur percepisse interpretes: Rationem certè non perceperunt. Putant enim, Azonem & Accursium secuti, heredem à muliere institutum fuisse nepotem ex filio prædefuncto rogatúmque illum vt matri suæ eidémque testatricis nurui hereditatem purè restitueret, Rursúmque rogatam nurum vt filio suo eidémque heredi eandem hereditatem redderet. In qua specie volunt responsum fuisse à Scæuola, cùm quæreretur an statim fideicommissum restituere nurus deberet, an post mortem duntaxat suam,

Aptãdum esse fideicommissum ad id tempus quo nurus moreretur. Ac quoniam videant repugnare rationem iuris, quæ fideicommissum neque die, neque condicione vlla suspensum statim præstari iubet *l. 1. D. de condict. & demonstr. l. legauerat* 41. *§. vlt. de legat.* 3. Aiunt, speciali ratione motum fuisse Scæuolam vt ita responderet, Quòd fideicommissum illi ipsi personæ præstandum esset à qua paulò antè præstitum fuerat, id est nepoti testatricis, quem illa heredem institutum & fideicommisso hereditatis onerauerat, & subinde alio fideicommisso eiusdem hereditatis honorauerat. Hoc enim casu non dubitant rationem iuris facere vt non statim sed post secutam demum grauati mortem fideicommissum præstandum sit. Ne alioqui eueniat, inquiunt, vt sit inutile in persona prioris fideicommissarij si postquàm fideicommissum ab herede accepit statim illud ipsum, & omne quod priore fideicommisso continebatur, eidem à quo accepit restituere teneatur. Ideóque Bartolus non aliam huius responsi summam esse arbitratur, quàm vt fideicommissum illi ipsi restituendum à quo acceptum fuit, non nisi post grauati posterioris mortem restitui debeat ne sit inutile. In quo non solùm diuinant isti, supplendo multa quæ nunquam Scæuola suppleuisset, cui moris erat non ad alia respondere quàm ad ea quæ ex facto proponebãtur vt nemo nescit, sed etiam violant apertissimè iuris rationem, dum id agunt quantum possunt, ne illam offendere videantur. Den que non obseruant vim & proprietatem verborum, quibus vsa testatrix fuerat, & quorum pondere raptum Scæuolam dubitandum non est ita respondisse. Diuinant primùm & supplent malè, institutum fuisse à testatrice nepotem quem habebat ex filio prædefuncto. Neque enim id expoſuerat qui Scæuolam consulebat, sed hoc tantùm, Heredem à muliere institutum rogatum fuisse vt hereditatẽ restitueret, non expresso eo quisnam heres ille esset, vt appareret quàm parùm referret quis esset, an nepos ille an alius quilibet dummodò capax. Neque verò credibile est institutum fuisse eum ipsum nepotem quem testatrix posteriorem fideicommissarium fecerat. Non ob id solùm quod interpretibus placet, futuram ex eo inutilem & absurdam tam institutionem, quàm priorem substitutionem, Rogato nepote illo vt hereditatem matri suę statim redderet, viciſſimque rogata matre vt hereditatem filio suo à quo acceperat statim restitueret (quid enim vtilitatis aut ex institutione ad nepotem, aut ad nurum ex fideicommisso pertineret restituta per vtrumque confestim ex Trebelliano hereditate?) Sed etiam quia legis verba repugnare quodammodo videntur, Tantum abest vt huic interpretationi patrocinentur. Sic enim loquuntur de nepote cùm tractant de fideicommisso, quod ei à nuru præstari testatrix voluerat, vt eum ipsum heredem institutum fuisse neque ponant, neque supponant, sicut neque mortuum filium testatricis ex quo nepos ille susceptus erat. Atqui, inquies, nec illud probabile est, mulierem in ea specie fuisse instituturam nepotem si filium superstitem habuisset, Neque rursum prædefuncto filio & superstite nepote, alium illam quàm nepotem heredem electuram. Ideirco, inquam, probabilius est institutum fuisse filium primi gradus, potiùs quàm nepotem, Aut si velis fingere cum interpretibus præmortuum filium, vel etiam de matre si voles tam malè meritum vt ab ea vel præteriri vel exheredari debuerit, Quid vetat ponere institutum potiùs maritum aut alium denique quemlibet cum onere tamen fideicommissi hereditatis præstandæ nurui,

Rogata

Rogata ſubinde nuru ipſa, vt filio ſuo eandem hæreditatem reſtitueret? Conſtat enim ſic olim frequentiùs obſeruari ſolitum, vt proba quæque mulier maritum heredem ſcriberet non ſolùm adfectionis intuitu & tanquam liberis omnibus chariorem, ſed etiam propemodum ex neceſſitate, Cùm viderent matres æquè futurum vt inſtitutis liberis earum bona peruenirent ad maritos iure patriæ poteſtatis & adita per liberos hereditate, Scilicet ante Conſtantini legem quæ prima induxit vt bonorum maternorum proprietas ad communes liberos pertineret, ſolo vſufructu patri relicto *l.1. C. de bon. matern.* Niſi forte vellent illæ liberos inſtituere ſub ea condicione, ſi à patre emanciparentur, Aut ſi morte patris vel quo alio modo effecti eſſent ſui iuris. Quæ ſatis frequens erat formula inſtitutionis cùm filiusfamiliàs aliquis ab extraneo heres ſcribebatur. Sed patribus tamen inuiſa, qui ea de cauſa facilè in ſuſpitionem veniebant futurum vt eorum mortem captarent liberi ſpe & auiditate nimia obtinendæ hæreditatis vt conſtat *ex l. quidam cùm filium familiàs 46. D. de hered. inſtit. l ſi cui legatum 92. & ſeq. D. de condit. & demonſtr. l. filiusfamiliàs 114 §. ſed ſi liberos de legat. 1.* Ideóque rarius erat vt ea inſtitutionis formula matres vterentur, quas æquum erat modis omnibus proſpicere, ne cum maritorum offenſa liberis fauerent in quos ſciebant datam patribus vitæ neciſque poteſtatem. Qua eadem ratione fiebat vt tùm quoque cùm maritos heredes ſcriberent vix rogarent eos de reſtituenda liberis hereditate: Nec purè, quod fuiſſet illuſorium quia hereditatis, per patrem reſtitutæ filio commodũ totum ad patrem rediiſſet iure poteſtatis, niſi ſi pater adire recuſaſſet *l. cogi 16 §. ſi pater D. ad SC. Trebell.* Nec ſub condicione emancipationis, aut in diẽ mortis, Ne eiuſmodi adiectione mariti offenderentur, quibus haud dubiè prima condicio erat inuiſa propter iacturã patriæ poteſtatis, Altera periculoſa & plena mali ominis triſtiſq; euẽtus vt loquitur *l. vlt. C de pact.* vtraque odioſa. Et ob eam nimirum cauſam poſſet quis non improbabiliter coniicere & ſuſpicari, In ea ſpecie quam ex Scæuola tractamus fuiſſe maritũ heredem inſtitutum. Sed probabilius tamen videtur vt filium ipſum inſtitutum ponamus, (cur enim præſumeremus vel præmortuum fuiſſe, vel exheredatum, vel, quod effectu idem eſt, præteritum ſiue tanquam ingratum, ſiue nulla de cauſa?) & rogatũ vt hereditatem reſtitueret non nepoti ex filio illo adhuc ſuperſtite quia iure poteſtatis rediiſſet eo caſu hereditas ad patrẽ aut ad auum paternum ſi tùm quoque is viueret, ſed nurui ſuæ, id eſt vxori filij ex quo ſuſceptus erat nepos retentus in poteſtate. Tum rogatam nurum vt eãdẽ hereditatem faceret peruenire ad filium ſuum, eundémque nepotẽ teſtatricis. Quo ita conſtituto apparet ceſſare rationem illam qua noſtri volunt motum fuiſſe Scęuolam vt reſponderet aptandum eſſe fideicommiſſum ad tempus quo nurus moreretur. Nec eo minùs tamen verum eſt quod ille reſpondit, non ſtatim debere nurum hereditatem reſtituere, ſed poſt mortẽ demum ſuam. Sicut è contrario nihil abſurdi eſt duobus à teſtatore factis fideicommiſſarijs hereditatem reſtitui à primo ſtatim atque fuit ei ab herede reſtituta, licèt ita futurum ſit vt nullum lucrum & commodum ex ea prima reſtitutione penes ipſum remaneat. Quod nec interpretes noſtri negant, ſi modò fideicommiſſarius ſecundus alius ſit quàm qui fideicommiſſo priore obſtrictus fuit, puta ſi teſtator ſic dixerit, *Titus heres eſto, Rogo te Titi vt hereditatem reſtituas Sempronio, Rogo te Semproni vt eandẽ hereditatem reſtituas Mæuio. l.1. §. de illo quæritur §. inde Neratius. l. ſi patroni, 55. §. qui fideicommiſſam D. ad SC.*

Trebell. Cùm ergo fateantur omnes hoc casu debere Sempronium statim Mœuio restituere non expectato tempore mortis, cur aliud iuris constituamus etiamsi Mœuius hic proponatur & heres institutus, & primus ipse eandem hereditatem Sempronio restituere rogatus? Nempe voluntas testatoris in omnibus sequenda est. Nec dici hic potest, quod aliàs plerumque euenit, vt circuitus vitandi gratia hereditas vel habeatur pro restituta si idem sit heres & posterior fideicommissarius, vel rectà restituatur per heredē posteriori fideicommissario si alius sit qui priori fideicommissario, & alius cui prior fideicommissarius restituere iussus fuit. Nam priore casu non potest heres recusare quominùs hereditatem restituat ei, cui testator restitui iussit, quem admodum nec fideicommissarius vt eam statim reddat heredi perinde acsi non heredi sed alij cuilibet restituere iussus esset. Nisi quod non indiget hic heres post secundam restitutionem vtilibus actionibus quibus alius indigeret, cùm possint ei sufficere directæ *l. si heres* 70. *D. ad SC. Trebell.* Nec potest obstare doli exceptionem fideicommissario quasi petenti id ipsum quod statim restituturus est ex vulg. *l. dolo facit* 8. *de reg. iur. l. in condemnatione* 173. *§. vlt. de regul. iur.* Non enim restituet quasi eidem, sed quasi alteri, hoc est non quasi heredi sed quasi fideicommissario, quod sufficit vt alia persona esse videatur *l. si paterfamilias* 15 *§* 1. *D. de adopt.* Idque adeò verum est vt sicuti actiones vtiles non possent dari secundo fideicommissario nisi restituta hereditate ex testamento, & eo ipso modo quo restitui eam testator voluit *l.* 1. *l. sed etsi alio loco* 9. *§ vlt. & l. seq. D. ad SC. Trebell. l. si mulier* 59. *§. ex asse D. de iur. d.* Ita neque hoc casu possent cōpetere directæ efficaces si non haberet heres hereditatem ex eo iure quo habere illum testator voluit, id est iure fideicommissi. Nam licèt neque Senatusconsulti Trebelliani, neque Prætoris auxilio indigeat heres vt habeat directas actiones etiam post restitutam hereditatem, tamen vt habeat eas efficaces post restitutionem quam fecerit aut facere debuerit, non magis fieri potest sine auxilio Senatusconsulti & prætoris, quàm vt habeat vtiles, quandoquidem potestatis eiusdem est facere vt post restitutionem posterior fideicommissarius habeat vtiles actiones, & vt habeat directas efficaces, Cùm directæ illæ efficaces sint veluti loco vtilium, nec alia de causa excludant vtiles, quàm quia ipsæ directæ ex inefficacibus factæ sint efficaces. Posteriore autem casu quem suprà diximus, id est si prior fideicommissarius rogatus sit hereditatem restituere non heredi à quo accepit sed alii; non eò minus necessarius est ille circuitus, vt per manus prioris fideicommissarij hereditas perueniat ad secundum, quòd nihil ex hereditate remansurum sit penes priorem fideicommissarium, quia non aliter possent transire actiones in secundum fideicommissarium quàm si restituta esset hereditas à primo ex iudicio & voluntate testatoris & iuxta formam ab eo præscriptam. Quod vtique non eueniret si neque priori fideicommissario hereditatem restitueret heres, sed secundo, neque hereditatem secundus fideicommissarius haberet à primo sed ab herede. Circuitus ergo hic necessarius est vt testatricis voluntati satisfiat, nec inutilis dici potest qui talem tātúmque effectum habet. Itaque alia ratio quærenda est quæ mouerit Scæuolam in specie proposita vt fideicōmissum quod nurui purè iniunctum videbatur, non nisi post nurus mortem præstandū esse responderit. Ea verò ratio non aliunde petenda est quàm ex verbis quibus testatrix vsa proponebatur. Non enim præceperat nurui vt hereditatem restitueret

filio

filio ſuo, vt in *l. vxorem* 41. *§. vlt. de leg.* 3. quo caſu ſanè fideicommiſſum fuiſſet purum, & conſequenter ſtatim præſtandum *d. §. vlt. & l.* 1. *D. de condic. & demonſtr.* ſed vt faceret hereditatem ad filium peruenire. Quibus verbis ſui natura tractum temporis, vt nemo non videt, habentibus, ſatis declarauerat nolle ſe vt hereditas nepoti ſtatim reſtitueretur, quoniam ſi ea reſtitutio ſtatim fieret nepoti, non tam ad nepotem ipſum, quàm vel ad auum paternum, vel ad filium eundémque maritum bona peruenirent, iure ſcilicet poteſtatis. Alterutrum ſiquidem & ſuperſtitem eo tempore, & heredem inſtitutum fuiſſe, vt iam diximus, neceſſariò ponendum eſt. Quem enim alium præter maritum aut filium heredem ſcribere potuiſſet ac præferre nepoti? Aut cur credamus adeò miſeram fuiſſe teſtatricem vt viua & maritum amiſiſſet, & filium, cùm neutrum expreſſiſſet is, qui Scæuolam conſulebat? Nam & inde illud etiam eſt, quod vbi purè fideicommiſſum datum eſt, & adiectum *Rogo des filio tuo faciáſque vt ad eum perueniat*, reſpõſum fuit videri fideicommiſſum datum filio in id tempus quo capere poſſit id eſt quo ſui iuris fiat *l. vbi purè* 19. *in princip. D. ad SC. Trebell.* quoniam alioqui non perueniret hereditas ad filium, ſed ad patrem, licèt per mediam filij perſonam. Peruenisſe namque accipimus cum effectu vt *in l.* 2. *§. peruenisſe. D. de hered. vel act. vendit.* Idémque eſt ſi teſtator iuſſerit vt pater relinquat filio, vel his verbis: *Volo eum habere*: vel *volo ad eum pertinere l. fideicommiſſa* 11. *§. ſi filio. de leg.* 3. Dices: Non ergo debuiſſe Scæuolam reſpondere, quod reſpondet, Aptandum eſſe fideicommiſſum ad tempus quo nurus moreretur, ſed potiùs ad id tempus quo nepos ille ſui iuris factus eſſet. Atque ob id nimirum ſolent noſtri opponere Scæuolæ quod ſcriptum eſt *in d. l. vbi, & d. §. ſi filio*, quaſi loci illi inuicem pugnent. Et vt conciliationem adferant, reſpondent, fuiſſe filium eundémque fideicommiſſarium in poteſtate rogati. At non etiam apud Scæuolam, cùm matres non habeant liberos in poteſtate. Verùm in hoc ipſo errant quod pugnare putant locos iſtos qui tamen optimè conſentiunt. Probant enim omnes non eſſe ſtatim reſtituendum fideicõmiſſum propter verba illa tractũ temporis vt dixi habentia *facias peruenire*: quod alioqui ſtatim reſtituendum eſſet. De illo tantùm quæri poteſt, Si viua nuru nepos hic de patris ſui aut aui paterni poteſtate exiiſſet: An ideo ſtatim reſtituere illa fideicommiſſum deberet. Quid enim refert An ſit nepos in grauati poteſtate an non ſit? Cùm vtroque caſu id videatur voluiſſe teſtatrix vt fideicommiſſario præſtaretur fideicommiſſum eo tempore quo eſſet ſui iuris? Aut ſi cùm à patre fideicommiſſum præſtandam eſt filio quem habuit in poteſtate, placuit non videri rogatum patrem vt reſtituat hereditatem niſi poſt mortem ſuam, ob hoc ſolum quòd habuit filium in poteſtate qui moriente demùm patre ſui iuris futurus eſt. Cur perinde aptamus fideicommiſſum iniunctum nurui ad tempus quo illa morietur, cùm non idcirco futurum ſit vt filius eius reperiatur ſui iuris? Et hoc nimirum eſt quod inquirere noſtri interpretes, & explicare debuerunt. Reſpondendum eſt, vt ego quidem arbitror, Eum qui rogatur hereditatem reſtituere filiofamilias alieno his verbis additis, vt faciat hereditatem ad eum peruenire, non tam videri iuſſum vt hereditatem ei reſtituat ſtatim atque ſui iuris erit, quàm prohibitum ne priùs reſtituat, quàm ille ſui iuris factus fuerit. Aliud verò eſſe ſi pater rogatus proponatur. Tunc enim ſi filium emancipet, hoc ipſo videtur iam tùm velle ſatisfacere voluntati teſtatoris, nec aliam ob cauſam emancipare filium quàm

vt emancipando faciat hereditatem ad eum peruenire: Sicuti è contrario dicimus Rogatum patrem vt filium emancipet, eíque fideicommissum præstet, si moram emancipationi fecerit, hoc ipso videri etiam facere moram fideicommissò *d.l.si cui legatum 92. in fin. D. de condic. & demonstr.* Adeóque si solummodò rogatus sit pater vt filium coheredem sibi datum emancipet, ita vt curatores à Prætore filius acciperet, patris fideicommissum videri, vt filiũ sui iuris constitutum ad hereditatem peruenire patiatur. Sic enim Papinianus respondit *in l. mater 93. eod. tit.* Quod non similiter dici potest cùm alius quàm pater rogatus est fideicommissum dare quamuis filiofamilias. Nam pater quidem si filium hunc alienum emancipet, facit vt bona possint ad illum peruenire, At non idcirco potest obligare grauatum qui nihil facit, vt statim restituat, ne sit in vnius potestate efficere, vt fideicommissum citiùs ab alio grauato præstetur. Sed hìc illa supereſt difficilior hæsitatio, Cur ergo fideicommissum præstandum sit post mortem nurus cùm per eam mortem nihilomagis fiat vt bona peruenire ad filium possint. Puto rationem illam esse, quòd eo instanti quo nurus moritur desinit posse amplius facere vt hereditas ad filiumfamilias magis perueniat. Quid enim prætereà faciet, cùm erit mortua? Proinde alterutrum euenire necesse est, vt vel eo saltem instanti dies fideicommissi cedat, vel numquam. Nec enim ponimus relictum esse fideicommissum etiam ab herede nurus, quem neque sperandum erat alium fore quàm ipsius filium si tùm supereſſet. Cùm ergo ipsa etiam bona paterna necesse sit siue ex testaméto, siue ab intestato ad filiũ eius peruenire, nisi fuerit ille aut tacitè aut expressè exheredatus. Quid absurdi est etiã bona cætera quæ fideicõmissi onere affecta sint, restitui filio, licèt ex eo futurũ sit vt non tã ad filiũ quàm ad patrẽ ipsius perueniant per mediã personá filij siue præteriti ab auia, siue exheredati, siue instituti? Nam & cùm grauatus instituit heredem fideicommissarium ea institutio pro fideicommissi restitutione est *l. Lucius 123. de legatis 1.* Quid igitur si nurus expressim grauata fuisset hereditatem restituere filio cùm sui iuris factus esset? An si filium heredem instituerit videbitur perinde vtiliter hereditatem restituisse, quasi repræsentato fideicommissò? Minimè, quia nec id facere potuit, citra nepotis fideicommissarij iniuriam, cuius interfuit non priùs fieri restitutionem fideicommissi, quàm capere ipse posset *d.l. vxorem §. Seium maritum de legat. 3.* Adeóque quod magis mirẽre, nec si restitutioni ipse consensisset *l. filiusfamilias 114. §. Diui 1 De legat. 1.* Longéque dissimile est quod rescripserunt Impp. *in l. post mortem 12. C. de fideic.* eum qui post mortem suam restituere rogatus est defunctì iudicio posse satisfacere etiam priusquàm fati munus impleat si velit, vt ex iis constat quæ nos de illius loci sententia scripsimus in libris Coniecturarum. Proinde non acquirentur bona ista patri per filium, nec rursus filio, quamuis instituto, nisi tanquam materna, at non etiam tanquã fideicommissaria. Cuius distinctionis effectus in eo erit, inspecta scilicet iuris veteris ratione vt non possint ea bona per patrem alienari, sicuti materna cætera, quominùs filius factus sui iuris ea vindicet acsi nunquam filio quæsita fuissent nec patri per filium, Quod non æquè contingeret si fideicommissum propter institutionem habendum esset pro restituto. Sin filium præterijt, vel exheredauit nurus hæc de qua agimus alio herede instituto, non cogetur heres ille fideicommissum priùs præstare quàm filius factus sit sui iuris, siue per mortem patris, siue per emancipationem aut quo alio modo

mul.

Digitized by Google

l. mulier 22. in princip. D. ad SC. Trebell. d. l. fideicommissa 11. §. cui de legat. 3. l. si ita esset 15. D. quand. dies legat. ced. Interim igitur etiam mortua nuru retinebit hereditatem testatoris quasi dies fideicommissi nondum cesserit, Restituturus posteà si quandoque contingat filium effici suæ potestatis. Nam & ab herede grauati licèt neque rogatus ipse sit, neque Senatusconsulti Trebelliani verbis comprehensus hereditatem restitui posse certum est *l. quamuis 40. §. 1. ff. ad SC. Treb.* Quòd si accideret mori filium, antequàm sui iuris factus esset, vtique remaneret fideicommissum penes heredem nurus, quasi deficiente persona cui restitui possit & debeat vt *in l. Statius Florus 48. §. Cornelio Felici D. de iur. fisc.* Malè autem Accursius ad hoc Scæuolæ responsum notat simile esse quod ex Paulo scriptum est in *l. si legatarius 8. §. vltim. de legat. 3.* Cùm ita petiisset testator vt quicquid ex bonis eius ad patrem peruenisset, pater filiæ suæ sic restitueret, vt eo amplius haberet filia quàm ex bonis paternis habitura esset, Diuum Pium rescripsisse manifestum esse de eo tempore sensisse testatorem, quòd post mortem patris futurum esset. Id enim rationem aliam habet, planéque diuersam, Nempe quòd testator fideicommissi præstationem retulisset ad tempus illud quo filia partem suam esset habitura ex bonis paternis, in quibus tamen certum erat nihil habere illam posse viuo patre *l. 1. §. si impubere. D. de collat. bonor.* At in eo casu quem tractat Scæuola nihil est ex quo coniici possit collatum fuisse fideicommissum in tempus quo pater fideicommissarij moreretur. Quare nec respondet Scæuola, Aptandum esse fideicommissum ad tempus, quo pater, sed ad illud quo nurus morietur. Aptissimè verò *aptandi* verbo vsus est Scæuola quia fit hoc per interpretationem verborum illorum *facias ad filium peruenire* quæ ad nullum tempus certum relata sunt, & idcirco commodissimè interpretationem illam recipiunt, vt aptentur ad tempus mortis nurus, quasi relicto fideicommisso non quidem sub condicione, sed in diem incertum, per verba habentia tractū tēporis incerti, quę cùm possint extendiin tempus, quo nurus morietur non priùs eam obligant, vt restituat hereditatem, quàm ipsa decesserit, Cùm quandiu viuit, possit facere vt bona perueniant ad filium, Tum verò desinat posse facere cùm ipsa moritur: Vt proinde nihil ei nocere debeat vt fideicommissum citiùs præstare cogatur, quòd filius antè factus sit sui iuris. Sufficit enim vt quandoquè voluntati testatoris satisfaciat, dum ne tardiùs quàm testator voluit. Non secus acsi datum esset fideicommissum *cùm volet*: quo casu censetur vtique datum post mortem *d. l. vxorem §. Scæuola pen. de leg. 3.* Quare nec aliud responsurū fuisse Scæuolam putarem etiamsi ponerēs neque patrē, neque auum vllum paternum huic testatricis nepoti superesse, in cuius esset ille potestate.

ERROR NONVS.

De emendatione & sententia l. si heres institutus 70. D. ad SC. Trebell.

QVod video tam constanter placere interpretibus nostris, Inutile esse fideicommissum quo quis obstringitur erga eum, qui & ipse rogatus sit eandem hereditatem eidem personæ à qua acceperat purè statimque reddere, ideóque benigna interpretatione sic accipiendum poste-

rius vt videatur prior fideicommissarius rogatus de restituendo post mortem demùm suam *ex l. epistolam 75. §. 1. D. ad SC. Trebell.* de cuius sententia proximè diximus. Facilè mouet me vt suspicer corruptum fuisse ab aliquo interprete textum Pomponij in *l. si heres institutus 70. in princip. eod. tit.* vbi scriptũ legimus, Si heres institutus rogatus fuerit hereditatẽ restituere Titio, & rursum Titius heredi post tempus, sufficere, directas actiones heredi. Cur enim addidisset Pomponius verba illa *post tempus*? An quòd aliud iuris esse putauerit, si Titius fideicõmissarius hereditatem heredi restituere non post tempus, sed purè rogatus sit? Nã & ita Castrensis noster ad eum locum interpretatur. Atqui non puto dubitandũ, quin hoc casu directæ actiones sufficiant heredi, nec ei necessarię sint vtiles, quas nec habere potest qui directas habet, cùm in eadẽ persona & eodẽ respectu directę & vtiles nequeant consistere: Præualentibus scilicet directis, quæ si post vtiles acquisitas superuenirent, vtiles extinguerẽt tanquá vtilibus digniores & potentiores. Eo nimirum iure, quo maior & principalior obligatio tollit minorem *l. si reus 13. D. de duob. reis. l. si duo 93. vers. sed etsi reus. D. de solut.* Sunt igitur verba illa vel sine effectu, vel ab interprete addita, qui existimabat idipsũ quod cæteri, Non posse valere fideicõmissũ quod quis ei præstare iubeatur, à quo illud ipsum statim recepturus sit, tãquá quod nõ nisi momẽto esset duraturũ vt Castrensis loquitur, Exẽplo fortassis eius, quod dici solet, Nõ alienari nũmos qui sic dantur vt statim recipiãtur, Et eum, qui sic soluit vt statim recipiat, minimè liberari *l. qui sic soluit 53. eod. tit. De solut.* Nã si primũ fideicõmissum non valeret, vtique nec secundum valere posset, quod à priore fideicõmissario præstari testator voluit, & directæ actiones quæ in persona heredis instituti eiusdémque secundi fideicommissarij remãsissent, efficaces quidẽ essent, at non tam ex vi & potestate posterioris fideicommissi quod euanesceret sanè primo nõ subsistente, quàm quia nunquam desiissent illæ efficaces esse per restitutionẽ factã Titio ex fideicõmisso inutili: Restitutionẽ enim vtiliter & ex Trebelliano factã esse necesse est, vt iura omnia directa tam actiua quàm passiua remaneant inefficacia propter translatas in fideicõmissarium vtiles actiones *l. 1. l. ita tamen 27. §. qui ex Trebell. & pass. D. ad SC. Trebell.* At Põponius cùm ait directas actiones sufficere heredi, haud dubiè sic intelligit vt sufficiant post restitutionem ei factam à Titio, supponitque restitutam fuisse Titio hereditatẽ ab herede instituto, & ex ea restitutione trãslatas fuisse in Titiũ vtiles actiones Senatusconsulti potestate. Alioqui quæsnã obsecro dubitãdi ratio adferri posset, propter quã nõ viderẽtur sufficere directę quæ & ab initio efficaces fuissent, & nũquã esse desiissent? Supponit igitur valere prius fideicõmissũ itémque posterius, cùm si alterutrũ esset inutile nullus quæstioni locus relinqueretur. In eóque cõuenit mihi cũ interpretibus cæteris omnibus. Sed non in eo quod addunt necessariò ponendũ esse q̃ rogatus sit Titius de restituenda heredi instituto hereditate post tempus vt fideicõmissũ Titio relictũ valere possit. Verissimum enim est quod præcedenti capite ꝓbauimus, Perinde valere fideicõmissũ relictũ Titio, etiãsi Titius cãdẽ hereditatẽ heredi ipsi purè restituere rogatus sit, atque si post tẽpus restituere iussus esset. Quid enim est quod possit impedire? An quod Castrẽsis ait ex cæterorum sententia momento duntaxat duraturũ esset in persona Titij? Hoc verò primùm falsum est. Durabit enim tanto tẽpore quantũ intercedere continget inter restitutionẽ factã Titio, & cã quã à Titio fieri oportebit. Quod tẽpus plerũque longũ est, siue propter negligentiam

Digitized by Google

negligentiã posterioris fideicommissarij non petentis fideicõmissum quamuis præsenti die datũ, vt *in l. mulier 22. §. si heres. D. eod.* vbi additur quod magis est, fructus medio illo tẽpore perceptos à grauato vsque adeò ei acquiri vt nec imputẽtur in Trebellianicã, quasi q nõ ex iudicio testatoris, sed ex sola negligentia nõ petentis percepti sint, siue propter contumaciã heredis aut alterius grauati latitãtis nec patientis secum agi de fideicõmisso vt in *l. sancimus pe. sed fin. C. eod.* Siue denique alia qualibet ratione fiat ne tam citò præstetur fideicõmissum. Possunt enim variẽ causæ interuenire ne præstetur incõtinẽti quãuis purè sit relictũ. Propter quas prudẽtibus sẽper placuit, etiam de præsenti legato & fideicõmisso locũ habere satisdationem illã prætoriam quæ præstanda est ex illa parte edicti qua Prętor edicit vt legatorũ seu fideicõmissorũ nomine caueatur *l. etiã 15. in prin. ff. ti. Vt legat. seu fideic. nom. caueat.* Vnde petẽda ratio est eius quod Scæuola respõdit *in l. vxorem 41. §. vlt. de legat. 3.* Cùm quis heredis scripti fideicõmisisset vt Seiæ vxori vniuersã restitueret hereditatẽ, & vxoris rursum fidei in hæc verba cõmisisset: *A te Seia peto vt quicquid ad te ex hereditate mea peruenerit reddas, restituas infanti meæ dulcissimæ Aqua Seia satis exigi veto, cùm scia eam potiùs rẽ auctura quàm detrimento futura:* posse Mæuiã statim fideicommissum à Seia petere, nec quicquam proponi cur nõ possit. Cõtrariũ enim suadere illud videbatur quod à Seia rogata satis exigi testator vetuerat, & causam adiecerat, quòd sciret eam potiùs rem aucturam. Quomodo enim augere posset quæ fideicommissum confestim & incõtinenti restituere deberet? Sed bene vidit Scæuola nihil repugnare quominùs etiam purè dato fideicõmisso verba illa aptari possint, cùm etiam pro puro legato & fideicõmisso satisdari ex edicto debeat *d. l. etiam*, quod nec Accursius nec Bartolus ignorarunt. Falsum igitur est quod pro vero nostri habent, Non nisi momento duraturũ fideicõmissum quod Titio relictũ esset, rogato & ipsi purè vt heredi restitueret, ob ídq; esse inutile: cùm necessariò duraturũ sit ineũ vsque diẽ quo nõ solùm petatur, sed etiá restituatur. Erat .n. fideicõmissi restitutio necessaria omni casu tẽporib. Scęuolæ siue re, siue verbo, restituere tur hereditas *l. restituta 37. l. facta 63. in princ. D. ad SC. Treb.* nec minùs si primus fideicõmissarius, quàm si heres ipse rogatus esset vt alteri hereditatẽ restitueret, vt *in l. 1. §. de illo quæritur & §. in de Neratius, l. si patroni 55. §. qui fideic. eo.* Solúmq; de illo dubitabatur quomodo posset eo casu fieri translatio actionũ à fideicommissario in fideicõmissariũ, cùm prior fideicõmissarius non haberet nisi vtiles, nec de alio locutũ esset Senatuscõsultũ Trebellianũ, quàm de eo cui heres scriptus hereditatẽ restituere rogatus esset. Ideóque dubitationis huius tollendæ gratia Iustinianus tandem constituit *in d. l. pen. C. eod.* vt ea translatio actionũ ipso iure fiat hoc casu, quemadmodum & cùm heres rogatus latitat, aut decessit absque herede. Cæterùm non cò minùs petendum fideicõmissum est, quia etsi fideicommissi restitutio non tantùm solutio sit, sed etiam successio, quæ fideicommissarium obligat æri alieno *l. non enim 38. D. eod.* eueniret alioquin vt ignorans & inuitus quis obligaretur ex fideicommisso quod ad se pertinere nollet: Quod adeò absurdum esset, vt nec si seruo meo iussus aliquis sit hereditatem restitueret, possit tamen ea restitutio fieri me inuito aut ignorante *l. seruo 65. in principio. eod.* Ne scilicet æri alieno per seruum meum obliger vel inuitus, vel ignorans *l. qui in aliena 6. D. de acquirend. hered.* Proinde ad rem non pertinet si quis obiiciat, Non alienari nummos qui sic dantur vt statim recipiantur, neque ex solutione sic facta liberationem contingere *d. l. qui sic soluit 53. D. de solut.* Nec enim

Digitized by Google

heres qui de hereditate Titio reſtituenda rogatus eſt eam legem reſtitutioni poteſt dicere vt eadem hereditas ſibi ſtatim reſtituatur, quamuis æquè Titius de eadem hereditate eidem Titio reſtituenda purè grauatus fuerit, ſed fideicommiſſum à ſe relictum purè reddere debet, petiturus poſtea illud quod ſibi quoque purè debitum eſſe contendat, vt voluntati teſtatoris in omnibus,& per omnia ſatisfiat. Tantúmque diſtat vt verè dici poſſit quod volunt interpretes,Ex poſteriore fideicommiſſo quod Titius heredi purè reddere debeat,impediri validitatem primi,quod ab herede primùm Titio præſtari teſtator voluit, vt non aliter poſſit ſecundum valere quàm ſi primum valeat. Quomodo enim poſſet Titius reſtituere id quod numquam habuiſſet? Aut quomodo fieri actionum tranſlatio à perſona primi fideicõmiſſarij in perſonam ſecundi ſi actiones nullæ primi in perſona vnquam conſtitiſſent? Rurſum quomodo conſtitiſſent ex inutili fideicommiſſo? Cùm neque ſufficere poſſit ad actionum tranſlationem vt fideicommiſſum vtiliter datũ ſit,niſi etiam illud cõcurrat vt fuerit vtiliter reſtitutũ? *l. ſi mulier* 59. *§. ex aſſe D. de iur. dot.* Ergo vel ob hoc ipſum vt poſterius fideicommiſſum valeat, de quo nec dubitant noſtri quin valere debeat, fatendum neceſſariò eſt prius quoque valere vt actionum tranſlatio fieri poſſit, ſi poſterior fideicommiſſarius alius ſit quàm ille ipſe qui priore fideicommiſſo grauatus eſt vel haberi pro facta directis actionibus efficaciam ſuam reſumentibus quá amiſerant per reſtitutionẽ. Tam enim difficile eſt vt directæ actiones quæ in perſona heredis grauati remáſerant fiant ex inefficacibus efficaces poſt priorem reſtitutionem,quàm vt ex ſecundo fideicommiſſo transferantur: vtiles in perſonam alterius fideicommiſſarij cuiuſlibet. Et vtroque caſu neceſſe eſt vtrumque fideicommiſſum valere, & ex vtroque fieri duplicem reſtitutionem,aut haberi ſaltem pro facta: Quamuis minus ſit dicere actionem eſſe efficacem quàm vtilem, quoties aliqua ſubeſt iniquitas quæ efficaciam actionis retundere debeat: Quaſi efficax actio æſtimanda ſit ex iuris poteſtate. Vtilis verò ex effectu,& vtilitate quam adfert *§. 1. & §. præterea debit r Inſt. de except.* Sed etſi verum illud eſſet, Non niſi momento durare poſſe fideicommiſſum quod quis heredi à quo iam accepit, ſubinde ſtatimque reſtituere teneatur,Eadem ratio facere deberet vt perinde inutile habendum eſset,tametſi nõ illi ipſiã quo præſtitũ fuiſset reddi id oporteret,ſed alij cuilibet. Cùm nihil poſſit referre cui reſtituatur fideicommiſſum,quod omnimodo & omni caſu purè ſtatimque reſtituendum eſt,nec eo magis poſſit durare in perſona prioris fideicommiſſarij, quod alij reſtituendum ſit, quàm ei qui prior dedit. Et tamen non eſt ex interpretibus, qui non fateatur valere fideicommiſſum quamuis purè relictum ab eo qui ab alio illud acceperit, adeò vt nec tacitã vllam dilationem & condicionem ex ea cauſa ſumere debeat,cùm ex verbis ſit purum, quod & nominatim fatetur Caſtrenſ. *ad d.l. heres ex l. 1. D. de condic. & demonſtr.* Quod verò pro erroris ſui confirmatione noſtri adferunt, *ex l. epiſtolam* 75. *§. 1. D. ad SC. Trebell.* quàm abſurdũ ſit, iam docuimus capite ſuperiore. Nec minùs miror quod tradit Caſtr. *ad d. §. 1.* alios eſſe duos caſus in quibus fideicommiſſum purè relictum non tamen niſi poſt mortem deberi intelligitur: Vnum *in l. Pamphilo* 39. *in princip. de leg.* 3. *Alterum in l. vxorem* 4. *§. vlt. eod.* quod ſanè falſum eſt. Nam *in dict. l. Pamphilo* non quæritur an fideicommiſſum purè datum ſit an poſt mortem, ſed an aliquod induci poſſit ex illis verbis, *Scio omnia, quæ tibi Pamphile relinquo ad filios meos peruentura.*

Digitized by Google

tura. Cúmque respondisset Scæuola præcisè nullum ex iis verbis fideicommissum deberi, Tribonianus duriorem eam sententiam esse arbitratus, sic immutauit responsum Scæuolæ, vt ex verbis quidem nullum fideicommissum Pamphilo iniunctum videatur, sed aliud tamen dicendum sit ex sentẽtia testatoris, Exemplo eius quod in specie simili, vt quidem Tribonianus putat, sed vt nos arbitramur omnino dissimili Imper. Marcus rescripsit, de qua *in l. vnum ex familia* 67. *§. vlt. de legat.* 2. Totum enim Scæuolæ responsum illud à Triboniano deprauatum fuisse certum est, neque dubitabit qui ea legerit quæ nos in eam rem contra Tribonianum scripsimus in libris Coniecturarum. Hoc autem admisso vt in suprascripta specie fideicommissum aliquod inducatur siue ex verbis, siue ex sententia testatoris, Mirum non est quod post Pamphili duntaxat mortem debeatur, quia non purè datum videri potest, sed in diem propter verba illa *scio peruentura* quæ tractum temporis habent *arg. l. fideicommissa* 11. *§. hæc verba & seq. de legat.* 3. non minùs quàm ea quibus vsa testatrix fuerat *in d. l. epistolam §.* 1. *facias peruenire* cùm ad implendam voluntatem testantis qui certum tempus nullum præscripsit, vt bona quandocunque perueniant ad fideicommissarium. Satis ergo erit si perueniant post mortem rogati quemadmodum si rogatus esset restituere hereditatem *cùm vellet* vt ad superioris capitis finem obseruauimus *ex d. l. vxorem §. penult.* Sed quod aliud exemplum petit Castrens. *ex d. l. vxorem §. vlt.* quasi in ea specie fideicommissum purè datum, post mortem tamen præstandum sit, omnino improbabile est. Aperta enim sunt verba Scæuolæ, Statim reddendum Mæuiæ fideicommissum, quod à Seia relictum fuerat, cùm de hoc ipso quæreretur an statim reddendum esset, an post mortem demum Seiæ, vt suprà explicauimus.

ERROR DECIMVS.

De sententia l. pen. §. 1. C. ad SC. Trebell. & l. 1. §. de illo quæritur D. eod.

NEC illud rursus verum est, quod Castrensis sentit ad *d. l. si heres*, nulla esse opus restitutione vt actiones directæ quæ remanserunt penes heredem rogatum de restituenda Titio hereditate, fiant efficaces ex fideicommisso, quo Titius erga heredem ipsum oneratus fuit: Ne quidem inspecto eo iure, quod Iustinianus constituit *in d. l. sancimus*. Etsi enim fecit eo loco Imperator vt ipso iure transeant actiones in secundum fideicommissarium, non ideò tamen fecit vt nulla restitutione opus sit. Causam siquidem nouæ constitutioni dedit vetus quæstio inter ipsos quoque prudentes iam olim agitata, Quę non de illo erat, An fideicommissarius rogatus de hereditate restituenda fideicommissum restituere deberet, aut an sine restitutione transferre actiones posset, sed an restituendo transferret actiones, vt constat ex Vlpiano *in l. 1. §. de illo quæritur D. ad SC. Trebell.* quem refert Iustin. *in d. l. sancimus*, vbi nec de restitutione loquitur Imp. sed de translatione actionum, quam vult ipso iure fieri, id est sola illius legis potestate, potiùs quàm vi restitutionis. Cùm anteà dubitaretur, nec absre, an posset restitutio à priore fideicommissario facta ac proinde tùm quoque cùm fiebat, eam

vim habere, vt in secundum fideicommissarium transferret actiones: Nempe quoniam Senatus ex cuius authoritate translationem illam fieri necesse est, de ea tantùm restitutione locutus fuerat quæ facta esset per heredem, non de ea quæ per fideicommissarium, vt ex Senatusconsulti verbis apparet: Item quòd prior fideicommissarius cùm non sit ipse heres sed tantùm heredis loco non tam videtur rogari posse vt hereditatem restituat, quàm vt res ipsas hereditarias: quomodo loquitur Iustin. *in d. l. sancimus.* Quod tamen longè diuersum est, Cùm ex singularum rerum restitutione actiones transire non possint *l. cogi 16. §. 1. vers. & generaliter D. eod.* Imò verò vt Trebelliano locus sit non sufficit rogatum quem esse de restituenda hereditate, nisi etiam illud concurrat vt rogatus sit quasi heres *l. mulier 22. §. vlt. eod.* Sed tamen iam olim & ante supradictam Iustiniani constitutionem obtinebat, vt per restitutionem quam primus fideicommissarius secundo faceret, actiones transferrentur, & fietque in hac etiam specie Trebelliano locus, quasi parùm referat ad inducendum Trebellianum, an quis rogatus sit tanquam heres, an tanquam is qui sit heredis loco *d. l. 1. §. bonorum. & d. §. de illo quæritur & §. inde Neratius eius d. l. 1. & l. si patroni 55 §. qui fideicommissum D. ad* SC. *Trebell.* Nec eo minùs tamen verum est nouum ius factum esse à Iustiniano: Non in eo quidem quod constituit vt actiones transeant à primo fideicommissario in secundum, sed in eo quod fecit vt transeant ipso iure: Id est non vt interpretes vulgò explicant, sine vlla restitutione, sed sola legis non, vt antea, restitutionis potestate, quamuis restitutionem perinde atque olim fieri hodiè necesse sit: Quidni enim fiat cùm fieri commodè possit? In eóque differt hic casus ab aliis duobus qui eadem Iustiniani constitutione comprehenduntur, quorum vnus est si quis hereditatem restituere iussus sit, & dolo malo siue post litem contestatam, siue antea sese contumaciter celauerit: Alter est Si suppositus fideicommissariæ restitutioni antequàm restitueret hereditatem ab hac luce sit subtractus nullo herede vel successore relicto. Nec quod hos tres casus Iustiniani constitutio iungat, quasi in omnibus idem ius constituatur, ad rem pertinet. Iunguntur enim vt similes fiant in eo, quod in omnibus translatio fit actionum ipso iure, at non in eo similiter, vt nulla sit opus restitutione. Nam in supradictis quidem casibus nulla restitutione opus est, quia deficit persona quæ possit restituere, nec ideò tamen fideicommissum intercidere oportet. At in tertio & vltimo casu cùm fideicommissarius cui restituta est ex Trebelliano senatusconsulto hereditas, alij per fideicõmissum iussus fuit restituere res hereditarias, nihil est quod impediat quo minùs restitutio fiat: Nec proinde causæ quicquam fuit cur restitutionis necessitatem Iustinianus tolleret, sed cùm posset dubitari & dubitaretur quomodo per eam restitutionem posset fieri translatio actionum, Iustinianus, vt dubitationem omnem tolleret, constituit vt hoc quoque casu non minùs quàm cæteris duobus translatio illa fieret ipso iure, sed non eodem modo. Hoc enim casu restitutionem interuenire necesse est, non tanquam causam efficientem vt olim, sed tanquam condicionem sine qua non, aliis verò casibus nulla restitutio necessaria est: Denique nullo istorum casuum translatio fit ope & auxilio restitutionis sed ipso iure, non tamen sine restitutione tertio casu. Et idcirco cautè Tribonianus *in d. l. sancimus*, non de restitutione loquitur, sed tantùm de translatione actionum. Fefellit interpretes

quod

quod putarunt patta esse ista Transferri actiones ipso iure, & Transferri absque restitutione: quod non ita est. Nam quoties quidem transferuntur absque restitutione, necesse est vt transferantur ipso iure, cùm nihil sit præter legis potestatem quod possit supplere factum hominis *l. vlt. C. Si mancip. ita fuer. alien.* At non similiter è contrario dici potest, quoties actionum translatio fit ipso iure, non esse necessarium factum hominis, in hereditate restituenda. Cur non enim patiatur lex & requirat interuenire factum hominis, cùm id fieri commodè potest? Aut quis non videt Iustinianum *in d. l. sancimus*, hoc tantùm agere vt ius vetus, hac parte augeat, & certum faciat quod dubium credebatur, non item vt corrigat quod certi iuris erat. Porrò nemo vnquam ex prudentibus dubitauit quin hoc casu necesse esset interuenire restitutionem. Ergo neque id Iustinianus abrogauit, vt nostri vulgò malè putant, qui quod scriptum est *in d. §. de illo quæritur*, hodie in hoc correctum volunt. Malè quoque Accursius noster ad *d. l. si heres* putat redire actiones vtiles ad heredem post restitutionem ei factam à fideicommissario, quasi de illo tantùm quærendum sit An redeant sublata ipso iure exceptione quæ antea faciebat illas inutiles, An ope replicationis. Non enim redeunt sed extinguuntur, quia nec iis indiget heres cui actiones directæ sufficiunt vt lex ait. Rectiùs itaque & meliùs Castrensis, extinctionem illam vtilium actionum pro eatum transitu esse ait. Cæterùm quemadmodum actiones vtiles non transferrentur à primo fideicommissario in secundum sine restitutione, vt diximus, ita neque actiones illæ directæ quæ penes heredem remanserant, priùs fieri possunt & reddi efficaces, quàm ei restituta sit hereditas à fideicommissario cui prior ille restituerat. Alioqui paullatim eò tandem absurditatis decurremus, vt in hoc casu translatæ actiones intelligantur adeò ipso iure, vt neque fideicommissum peti necesse sit. Quòd si quis diceret, faceret vtique fideicommissarium non modò ignorantem sed etiam inuitum, & consequenter obstrictum æri alieno. In eóque hallucinatus videtur Bald. *ad d. l. pen. §. 1. num. 3. in fin.* cùm ait, In fideicommissario vniuersali rogato sufficere non solùm quamlibet interpellationem extraiudicialem, sed etiam solum diei lapsum vel condicionis euentum, ad constituendum in mora fideicommissarium rogatum: Quod euidenter certè falsum est, cùm probabiliter possit ignorare primus fideicommissarius an secundus agnituruus sit fideicommissum etiam cuius dies vel condicio iam venerit quandiu secundus fideicommissarius voluntatem suam non declarauit arg. *l. si sibi homo 86. §. cùm seruus de leg. 1. l. 4. l. si postulante 67. & pass. D. ad* SC. *Trebell.* Cùm igitur necesse sit fideicommissarium voluntatem suam declarare, quòd velit esse fideicommissarius, tùm quoque cùm persona nulla est à qua petere fideicommissum possit, ea verò declaratio nihil aliud sit quàm persecutio fideicommissi, cùm adest persona quæ fideicommissum præstare ac restituere queat, An non prorsus consequens est vt fieri necessariò debeat restitutio, cùm fieri commodè potest? Neque enim lex vnquam supplet factum hominis nisi ex necessitate, cùm persona nulla est, quæ possit facere id quod necessariò faciendum est. Sanè ratio, quam supradicto loco adfert Baldus, vt probet restitutionem hoc casu necessariam non esse, omnino inepta est:

Ait enim cùm prior fideicommissarius rogatus est vt hereditatem alij restituat purè, non videri electum illum nisi tanquam ministrum, & ideò nullum debere commodum apud ipsum remanere, Ex *l. prætiuæ 8. vbi glos. de alim. & cibar. legat. l. si quis Titio 17. de legat. 2.* Nam si ita esset, consequens fieret vt nullæ actiones in priorem fideicommissarium transirent ex restitutione facta per heredem, quia non in alium transire possunt ex Senatusconsulto, quàm in eum qui sit fideicommissarius, quique post restitutionem possit esse heredis loco *l. 1. & 2. & pass. D. ad SC. Trebell.* Adeóque nec permitteretur ei petere fideicommissum, si nudus minister & executor esset *l. Lucius 78. §. 1. eod.* Denique nullo casu posset commodum vllum ex hereditate retinere, quod tamen falsum est. Quartam enim deducere potest, si fortè heres restituerit ei hereditatem non retenta quarta vt ei soli faueret *d. l. 1 §. inde Neratius.* Ideóque dubitatum est apud Papinianum, An si prior ille fideicommissarius heredem qui suspectam dicebat adire coegerit, atque ita ex Trebelliano hereditatem totam receperit, totam quoque restituere teneatur posteriori fideicommissario *d. l. si patroni 55. §. qui fideicommissum D. eod.* Cui tamen quæstioni locus nullus relinqueretur si priorem fideicommissarium non nisi pro ministro haberi oporteret: Sicuti nec illud verum esset quod in eodem §. ait Papinianus, priorem hunc fideicommissarium teneri vt præstet legata, idque non vltra dodrantem & quidem ex persona heredis, teneri verò vt secundo fideicommissario præstet fideicommissum, tanquam proprio nomine precibus defuncti ad id obstrictus: Sed etsi verum esset, quod vult Baldus nihil cõmodi remanere penes illum debere, neque habendum eum nisi pro ministro, perinde tamen factum eius & ministerium necessarium esset in restituenda alteri hereditate, vt hereditas restitueretur ex testamento & eo ipso modo quo testator restitui voluisset: Alioqui actiones trãsferri non possent in secundum *l. sed si alio 9. §. vlt. & l. seq. eod. tit. l. si mulier 59. §. ex asse D. de iur. dot.* Non enim perueniret hereditas ad secundum fideicommissarium eo modo quo testator voluit si non per ministri manus perueniret. Eadémque ratio facit vt verum esse non possit, quod ex Ioanne scribit Bart. *ad d. §. de illo*, eodemùm casu restitutionem fideicommissi necessariam esse ad actiones trãsferendas, quo rogatus sit prior fideicommissarius hereditatem alteri restituere in diem vel sub condicione, & restituere illam velit ante dici lapsum vel condicionis euentum. Nam nec si heres ipse rogatus esset hereditatem similiter in diem vel sub condicione restituere, quicquam tamen ageret restituẽdo ante diem vel condicionem *l. sed si ante 10. eod.* quia scilicet non restitueret eo ipso modo quo testator restitui voluit, vt bene Castrensis contra glossam disputat *in d. l. sancimus in fin.* Non ergo potest de hoc casu sensisse Vlpianus *in d. §. de ille*, Cùm scribit priorem fideicommissarium restituendo posteriori transferre actiones. Neque rursus verum est quod ibidem Bartolus post glossam tradit: Tunc non esse necessariam restitutionem, & transire actiones absque restitutione, cùm prior fideicommissarius fuit in mora restituendi *ex d. l. sancimus*: Quasi differentia inter heredem & fideicommissarium cùm quæritur de transferendis ex Trebelliano citra restitutionem actionibus, tota in eo sit, quod heredis non tantùm moram exigimus, sed etiam absentiam, Fideicommissarij verò moram solam licèt ipse sit præsens. Nam præter id quod Iustinianus *in d. l. sancimus §. 1.* nihil de prioris fideicommissarij mora exprimit, tantum abest vt eam requirat. Certum est moram fideicommis-

commissarij facere potius debere vt restituere cogi debeat. Cùm enim non possit esse in mora restituendi nisi habeat priùs restituendi facultatem *l. sciendum* 21. *D. de vsur.* nulla certè ratio est cur ei post moram faueamus, ne cogatur restituere hereditatem quam restituere commodè possit. Neque verò alia de causa credendum est constitutum fuisse à Iustiniano *in dict. §. 1.* vt herede per contumaciam absente, aut defuncto sine successore actiones ipso iure transeant in fideicommissarium & sine restitutione, quàm quia non sit eo casu persona aliqua quæ possit restituere. Quo exemplo non dubitarem si prior quoque fideicommissarius aut per contumaciam absens, aut sine successore defunctus proponeretur, idem iuris admittendum esse in priore fideicommissario quod in herede, Vt transirent ipso iure actiones in posteriorem fideicommissarium absque restitutione, Quoniam eadem hîc subesset necessitas iuris noui ad hunc quoque casum extendendi, Cùm restitutio quæ est facti & præsentiam & factum omnimodo requirat eius qui debet restituere, Aequum autem non sit ex dolo & contumacia siue heredis siue prioris fideicommissarij damnum pati eum ad quem testator hereditatem suam peruenire voluit, quod neque fieri posset citra iniuriam defuncti, cuius voluntas haud dubiè seruanda & implenda est, quantum fieri potest. Itaque non est separandus hac parte prior fideicommissarius ab herede, quomodo nostri malè separant, sed separandi sunt primùm casus ij in quibus nulla potest fieri restitutio deficiente persona quæ possit restituere, ab illis in quibus restitutio fieri commodè possit. Vt in illis non tantùm ipso iure transeant actiones, sed etiam sine restitutione, Posteriore verò casu transeant quidem æquè ipso iure sed per mediam restitutionem, Quamuis non vi restitutionis, sed potestate constitutionis Iustiniani *in d.l. sancimus §. 1.* cùm olim ea translatio fieret vi restitutionis ex receptiore prudentum sententia, quam licet corrigere Iustinianus noluerit, quia tamen vidit fuisse olim hanc quæstionem controuersam quod nonnulli ex prudentibus fortassis crederent (nec enim eiusmodi sententia vlla in libris nostris extat) Senatusconsultum Trebellianum, neque de hoc casu locutum esse, neque ad hunc casum porrigi posse, Dubitationis totius tollendæ gratia constituit vt ipso iure hoc etiam casu transeant actiones ex Trebelliano. Ergo non sine restitutione: Nec enim potestas Senatusconsulti excludit restitutionem hereditatis, quam è contrario in necessarium antecedens præsupponit. Omnis siquidem actionum translatio in fideicommissarium sicut non nisi ex Senatusconsulti, Trebelliani authoritate fieri potest, ita neque aliter quàm per restitutionem. At non similiter è conuerso omnis restitutio hereditatis facta ex testamento, adeóque eo ipso modo quo testator voluit, sufficiens est ad inducendam translationem actionum, si non præterea concurrat authoritas senatusconsulti. Quæ porrò in proposita specie deficere videbatur deficientibus verbis quibus nihil expressum erat nisi de herede rogato, & de actionibus ab herede in fideicommissarium transferendis, non ab vno fideicommissario in alium. Indéque factum est vt necessaria visa sit illa constitutio in fauorem non primi, sed secundi fideicommissarij, quasi ad supplendum quod decrat Senatusconsulto: Et in hoc vno ponenda differentia est inter heredem & fideicommissarium grauatos, quòd licèt vterque cogendus sit restituere, si præsens sit & restituendi habeat facultatem, Restitutio tamen quæ fit ab herede per se sufficiens est ad transferendas actiones, id est sine auxilio constitutionis

Iustinianeæ, cùm fiat ex authoritate Senatusconsulti quæ nullum dubitationi locum relinquit. Restitutio autem quæ fit à priore fideicommissario, quia non habet tam apertè comitem authoritatem Senatusconsulti non est per se sufficiens ad transferendas actiones si Iustiniano credimus qui idcircò constituit vt etiamsi prior fideicommissarius hereditatem restitueret, non tamen transirent actiones vi restitutionis sed ipso iure. Contrà quàm prudentibus olim visum esset, qui dubitandi causam quidem aliquam subesse hic videbant, sed tamen magis probabant vt in hac quoque specie Trebelliano locus esset, ac proinde vt non minùs hoc casu transferrentur actiones vi & potestate restitutionis quàm si ab herede ipso facta esset restitutio: Sicut & Senatusconsultum illud Trebellianum licet de ciuilibus tantùm actionibus transferendis locutum esset, sic tamen ab iisdem prudentibus acceptum est, vt non minùs honorariæ actiones, adeóque naturales obligationes transeant in fideicommissarium. *l. quamuis* 40. *in princip. D. eod.* Et sanè quamuis verum esset quod Iustinianus ait *in d.l. sancimus*, Visam esse Vlpiano hanc rem dignam de qua ius certum à Principe constitueretur, de quo tamen nihil tale, aut *in d. §. de illo quæritur*, aut alibi ab Vlpiano scriptum legimus, Debuerat Iustiniano satis esse vt Iuliani, Papiniani, Mæciani & ipsius quoque Vlpiani sententiam probaret, qui ad hunc quoque casum verba & mentem Senatus porrexerant, nec erat necesse constituere, quod ille constituit, vt in hac specie actiones ipso iure transferantur. Ex eo námque absurdum illud sequitur, vt fauorabilior & potior videatur hodie causa fideicommissarij primi quàm heredis aut fideicommissarij secundi quàm primi, siquidem eo casu quo hereditas per heredem restituitur priori fideicommissario, nunquam transeunt actiones ipso iure, sed vi restitutionis iuncta Senatusconsulti authoritate. Proinde negari non potest quin hac parte ius vetus immutatum sit à Iustiniano, at non in eo quod restituendæ hereditatis necessitatem sustulerit, priorique fideicommissario remiserit, vt putant interpretes, sed in eo potiùs, quòd noluerit agnoscere, tantam vim esse hoc casu factæ per fideicommissarium restitutionis quantam veteres agnoscebant, qui actionum translationem ex huiusmodi quoque restitutione fieri admittebant. Esset verò hoc ius nouum & Iustinianeum longè absurdius si sic acciperetur vt nulla restitutione hodie indigeat secundus fideicommissarius qua primus omnimodo indiget extra duos illos casus si vel absens & contumax sit heres, vel absque successore mortuus. Tantò magis enim noua illa Iustiniani constitutio à iure vetere abhorreret, adcóque ab Vlpiani sententia quæ extat *in d. §. de illo quæritur*, quam tamen fatetur Iustinianus nouæ huic constitutioni causam dedisse, & ex qua ideò dubitandum non est quin Iustiniani constitutio interpretanda sit. Nec sanè vllo casu admisissent veteres fieri translationem actionum sine restitutione, non magis quàm vt fieret sine authoritate Senatusconsulti Trebelliani *l. restituta* 37. *l. facta* 63. *in princ. eod. tit.* Potuisque admisissent, vt aliquo casu duplex restitutio necessaria esset quàm vt nulla, vt in specie *l. Papinianus* 43. *in fin. eod.* de cuius loci sententia alibi scripsimus.

ANTO-

ANTONII FABRI I.C. SEBVSIANISE-NATORIS SABAVDIENSIS, ET IN GEBENNENSIS DVCATVS AVDITORIO PRAESIDIS,

DE ERROR. PRAGMAT. ET INTERPR. IVR.

DECAS LXVI.

ERROR PRIMVS.

De legatariis testibus adhibitis in testamento nuncupatiuo.

LEGATARIOS in testamento adhiberi testes posse, heredem verò non posse scriptum est apertissimè *in l. qui testamento* 20. *in princip. D. qui testam facer. poss. & in l. dictantibus* 22. *C. de testam.* Sed diuersitatis huius ratio subobscura non immeritò visa est interpretibus, cùm ex iuris regula nemo in re sua testis sit idoneus vulgat. *l. omnibus* 10. *C. de testib. l. nullus* 10. *D. eod.* Testis verò in re sua esse videatur legatarius qui in testem adhibetur in testamento, non minùs quàm heres, quippe qui suo testimonio non possit fidem testamento adstruere pro herede, quia hoc ipso lucrum & commodum legati consequatur, quod aliter valere non posset, reddit tamen Tribonianus rationem diuersitatis *in §. legatarius Inst. De testam. ordin.* quòd, inquit, legatarius non sit iuris successor, qualis est heres siue ex asse, siue ex parte scriptus proponatur. Ratio quidem vera est, quia legatarios, si ius antiquum inspicimus, constat iuris successores non esse *l. quædam* 9. *§. nihil interest. D. de edend.* ideóque actionibus hereditariis nec agere, nec conueniri posse *l. vlt. C. de hered. act.* Sed tamen minùs aptam & genuinam eam esse, vel ex hoc maximè coniicere licet, quod dubitandi causam non tollit. Etsi enim legatarius iuris successor non est, quis tamen ex eo inferat, Posse igitur illum in causa sua idoneum testem esse? Respondent interpretes pro Triboniano, Multùm interesse an de legato principaliter per testamentarios testes probando agatur, an de ipso testamento: Priore casu non esse admittendum legatarij testimonium, ne in causa propria testis esse videatur, Posteriore verò admitti posse, quasi non tam sibi quàm testatori & heredi testimonium dicat, quamuis eueniat vt ex suo testimonio etiam ipse commodum consequatur. Id enim non principaliter euenit, inquiunt, sed per consequentiam duntaxat: Non solent autem ea attendi quæ non fiunt nisi per consequentias *l. 1. l. quod dicitur* 7. *D. de author. tut.* Sed vereor ne huiusmodi ratio non minùs à Triboniani sensu quàm à

veterum prudentum traditionibus omnino ſit aliena. Nam præter id quod generaliter & indiſtinctè Tribonianus loquitur, Illud etiam certum eſt non magis permitti cuiquam debere vt ex proprio teſtimonio commodum ſentiat per conſequentias, quàm vt principaliter, Cùm vtroque caſu æquè ſuſpecta ſit fides eius qui omnimodo ſuum negotium gerit, Nec minùs propria cauſa dici poſſit quæ aliquem per conſequentias tantùm cõtingit quàm quæ principaliter *l. 4. §. in propria D. quand. appell. ſit & intr. quæ tempor. l. 1. C. vbi in rem act. exerc. deb. cap. perſonas Extr. de teſtib.* Vnde illud etiam eſt, quod dicimus, Poſſe quem interdum venire contra factum proprium ex alterius perſona ſi ad alterius commodum venire velit: At nó ſimiliter ſi ad propriũ, quamuis principaliter alienum negotium gerere dici poſſit, quiſquis agit ex alterius perſona *l. ſi non ſortem 26. §. filiusfamilias*, vbi Bart. Caſtrenſ. & alij *D. de condict. indeb.* Sed grauior interpretum noſtrorum error in eo eſt quod huiuſmodi diſtinctione fatentur ſe putare, Id quod ſupradictis locis ſcriptum eſt de legatariis teſtibus adhibitis in teſtamento, ad teſtamenta quoque nũcupatiua pertinere: Quod in ſpecie defendit Viglius magnus alioquin & elegans Iuriſconſultus *ad d. §. legatarius*. Qui enim fieri poſſet vt legatarius in teſtem adhibitus de legato ſibi relicto, adeóque de ipſius heredis inſtitutione teſtimonium diceret, ſi neque quis heres inſtitutus eſſet, neq; quid aut quãtum ex legato accepiſſet, compertum haberet? Atqui ſolis teſtamentis nuncupatiuis illud conuenit, vt qui teſtes iis interfuerunt ſcire poſſint, & debeãt quis heres nominatus ſit, quid legatum vel fideicommiſſum, cætera denique omnia quæ teſtamento continẽtur. Præcipua enim teſtamẽti ſollennis quod in ſcriptis ſit, vtilitas in eo eſt, vt ſoli teſtatori cognitum ſit: Teſtibus verò nihil aliud, niſi quod teſtamenti ſcriptura illa ſit, quam ipſi & ſubſcriptionibus ſuis & ſigillis muniuerunt. Etſi nihil vetat teſtamentum etiam, quod in ſcriptis factum ſit arcanum, & teſtibus ſecretum non eſſe. Non igitur ad alia teſtamenta quàm ad nuncupatiua pertinere ſupradicta interpretum diſtinctio poteſt. Hoc verò eſt, quod nos falſum eſſe contendimus, illi verò ſupponunt pro indubitato, Legatarios in teſtamento nuncupatiuo adhiberi teſtes poſſe. Nam cùm teſtamentorum omnium nuncupatiuorum ea condicio ſit vt tùm quoque cùm in ſcripturam rediguntur non tamen ex ſcriptura ſed ex ſola teſtatoris voce ac nuncupatione æſtimentur, *arg. l. contrahitur 4. D. de pignor. l. 4. D. de fid. inſtrum.* eámque vocem teſtatoris & nuncupationem per teſtes probari oporteat, & eos non pauciores, quàm ſeptem *l. heredes palam 21. D. qui teſt. fac. poſſ. l. in teſtamentis 26. C. de teſtam. §. vit. Inſt. eod.* Omnino conſequẽs eſt vt ſi quis in teſtamẽto nuncupatiuo legatarius adhibeatur, eũ neceſſe ſit admitti ad ferẽdũ in cauſa propria teſtimoniũ, quandoquidẽ nõ ſufficeret de ſola heredis inſtitutione teſtimoniũ dicere ad legata quoq; probãda & cõfirmãda ſi nõ etiã de legato relicto per totidẽ teſtes cõſtaret. Porrò de legato teſtimoniũ dicere legatarius nullomodo poteſt, quin cauſam ſuam propriam inſtruat, & tueatur, nec tantùm per conſequentiam, ſed etiam principaliter & per ſe primò: quod fieri nec poſſe nec debere ipſi etiam interpretes fatentur. Neque verò aut quiſquam ex antiquis prudentibus, aut Tribonianus ipſe cui facilius parcebat, contrà vnquam ſcripſit. Nam & Iuriſconſultus *in tota d. l. qui teſtamento* non niſi de teſtamento ſollenni & in ſcriptis condito loquitur, vt nemo non videt, itémque Imper. *in dict. l. dictantibus*. Et Tribonianus poſtquàm ſcripſit, legatarium quia iuris ſucceſſor

ceſſor non eſt adhiberi teſtem in teſtamento poſſe, aliáque omnia congeſſit quæ ad teſtamentorum ordinationem pertinēt, Subiicit tandem *in §. vlt. eiuſd. tit. De teſtam. ordin.* ad ſóla teſtamenta in ſcriptis pertinere quicquid *in eo. tit.* antè ſcriptum eſt, vt intelligamus ad nuncupatiua non eadem omnia porrigi oportere. At, inquies, ratio illa quam adfert Tribonianus, quòd legatarius iuris ſucceſſor non ſit, perinde vera eſt in teſtamento nuncupatiuo, atque in eo, quod ſollenne eſt in ſcriptis, Non enim ob id magis legatarius iuris ſucceſſor eſt, quòd legatum acceperit in teſtamento nuncupatiuo, Et hoc certè vnum fuit quod interpretes hucuſque omnes decepit, vt teſtamentum nuncupatiuum à ſollenni & in ſcriptis hac parte non diſtinxérint, & in vtroque idem iuris conſtituendum eſſe crediderint, Non animaduertentes rationem illam à Triboniano allatam *in d. §. legatariis*, poſſe in teſtamento in ſcriptis borā eſſe, in nuncupatiuo non poſſe. Sed hoc ipſum cur ita? Nempe quia in teſtamento ſollenni quod in ſcriptis fit adhibentur teſtes non ad probandam voluntatem quam vt plurimùm penitus ignorant, vnde & arcana teſtamenta vocantur à Leone *Nouell.* 69. id eſt myſtica & ſecreta, ſed tantùm ad probandam ſollennitatem, Vt proindę non poſſint videri teſtimonium præſtare quaſi in re ſua, qui aliud nihil ſe agere putánt, niſi vt alieno teſtamento teſtes adhibeantur. At in teſtamento nuncupatiuo adhibentur ad probandam voluntatem, & quidem totam, id eſt non minùs quod ad legata quàm quod ad inſtitutionem pertinet: Quod porrò facere nullomodo poſſunt, quin teſtimonium ſibi ipſis & in re ſua præſtent. Dices, Si ratio hæc bona ſit, conſequens fore vt etiam heres in teſtamento ſollenni ac in ſcriptis poſſit eſſe teſtis, cùm nec ille magis quàm legatarius ſemper ſciat quid teſtamento contineatur. Et tamen non poſſe heredem in teſtem adhiberi certum eſt *d. l. qui teſtamento.* Reſpondeo inde nimirum eſſe quod olim ita ius erat vt heres quoque teſtis eſſe poſſet, nempe eo tantùm tempore quo teſtamenta fiebant per æs & libram adhibito familiæ emptore & libripende: quo caſu quia totum negotium peragebatur inter teſtatorem & familiæ emptorem, heres haud dubiè teſtis eſſe poterat, vt Vlpianus noſter *in Fragmen.* ſcripſit *tit.* 21. Sed & idem Tribonianus ſub Iuſtiniani nomine ſcribit *in §. ſed neque eod. tit. De teſtam. ordin.* veterum Imperatorum aliquas fuiſſe conſtitutiones quę etiam heredibus ipſis ac multò magis iis qui in heredum poteſtate eſſent, permittebant vt teſtes eſſe poſſent, ſed ita tamen vt iis ſuaderent ne hoc iure abuterentur. Ideóque gloriatur Iuſtinianus à ſe primùm in neceſſitatem legis tranſlatum fuiſſe quod ab aliis ſuaſum tantùm fuerat, conſtitutúmque vt ad imitationem priſtini familiæ emptoris, nec heredi qui eius imaginem obtinet, nec aliis perſonis quæ ei coniunctæ ſunt licentia concedatur ſibi quodammodo teſtimonia præſtare. Ex quo etiam factum dicit vt eiuſmodi veteres conſtitutiones Codici ſuo inſeri non permiſerit. Quibus verbis ſignificare videtur non obſcurè etiam Iuriſprudentiæ mediæ, & quæ ipſis quoque Imperatoribus placuerat, ſententiam illam fuiſſe, vt heres adhiberi teſtis in teſtamento poſſet. Primúmque Iuſtinianum ad exemplum iuris veteris quod in familiæ emptore obtinebat, contra ipſam tamen iuris veteris rationem conſtituiſſe, vt heres teſtis eſſe non poſſit. Hac vna potiſſimùm ratione, quòd hodie cùm neque familiæ emptor neque libripens vllus ſit cum quo negotium gerat defunctus, vt olim totum negotium inter heredem & teſtatorem agi intelligi-

tur:& consequenter quæ ratio emptori familiæ obstabat olim ne testis esse posset,ea ipsa hodie obstat heredi.Quamquam nec ratio hæc bona est si verum amamus. Quid enim negotij potest videri gerere testator cum herede, qui nec viuentis testatoris heres est *l.1. D.de hered.vel actu.venditio. l.1.D.pro hered.* nec se heredem fortasse scit esse institutum nisi post mortem demùm testatoris? Longéque alia fuit olim causa emptoris familiæ, qui & viuus & inter viuos per emptionem contrahebat, vt proinde dubitare vel ignorare non posset,quin negotium de mancipanda scilicet vniuersa familia inter ipsum & testatorem gereretur.Debuerat ergo Tribonianus dicere potiùs, illud quidem ipsum quod ait eandem esse hodie rationem heredis, quæ olim erat vetustissimi, vt loquitur, familiæ emptoris, sed non allata ratione illa,quòd hodie inter testatorem & heredem negotium geri intelligatur,quemadmodum olim inter testatorem & familiæ emptorem gerebatur, At illa potiùs,quòd sicuti emptor familiæ in vniuersum ius testatoris succedebat principaliter & immediatè:Ita hodie quisquis heres est,idem iurium omnium defuncti sola iuris potestate successor immediatus est, & ita perinde repræsentat personam defuncti,atque olim familiæ emptor repræsentabat. Inde fit vt non magis heredi permittendum sit vt testis in testamento esse possit, quàm testatori ipsi, quamuis institutum se ignoret, Non quasi in re sua testimonium præstare videatur,quod de ignorante præsertim dici numquam potest; sed quia cùm succedat in vniuersum ius, quod defunctus habuit, non alio iure censeri possit quàm testator ipse,siue personam eius inspicias siue omnium eorum qui in ipsius sunt potestate.Cui consequenter dicendum est causæ nihil esse cur legatarius testis esse prohibeatur, non solùm si aliquid sibi esse in testamento sollenni legatum ignoret,qui casus minorem habet dubitationem, sed etiamsi sciat,dummodò ad sollennitatem duntaxat, non etiam ad voluntatem probandam adhibeatur. Semper enim verum est eum iuris successorem non esse:Nec videre possum,quid illud sit quod idem Iustinianus supradicto loco ait, se quadam constitutione sua specialiter concessisse legatariis vt testes esse possint,Quasi verò vnquam prohibitum antèà id fuerit: Quod sanè nullo veteris iuris loco probari possit. Extat quidem Imperatoris Zenonis constitutio *in d.l.dict antibus* 22.C.*de testam.* Testibus ad efficiendam voluntatem adhibitis, pro suo libito quod voluerit testatorem relinquere non prohiberi. Sed rescribentis de iure constituto verba illa sunt, non Principis ius nouum quod antea non fuerat constituentis. Nam & ante Zenonem,& Vlpiani adcóque Trebatij & Pomponij temporibus ita ius fuisse vt legatarius testis esse posset, constat ex *dict.l. qui testamento.* vbi Vlpianus tam de legatario quàm de tutore tractans, ait vtrumque testem esse posse si aliud nihil impediat: Et *ex l.si quis ita* 14.*D.de rebus dubiis.* vbi refert Martianus Trebatium putasse legatum esse vtile ita relictum *Illis qui testamentum meum signauerint heres meus decem dato.* Idque veritus etiam Pomponio visum esse, quia inquit, testamentum ipsum confirmatur adhibitis testibus: Vt intelligamus eo casu non deberi legatum ex voce & dicto testis legatarij, sed ex testamento ipso quod per testes adhibitos confirmatum fuit. Quæ ratiocinatio tantò apertiùs ostendit verum esse quod volumus, Prudentes illos veteres quoties de legatario teste adhibito locuti sunt, de solo testamento in scriptis,non etiam de nuncupatiuo sensisse: Vt & quoties de testamento

Digitized by Google

ſtamento ſimpliciter loquuntur: Ideò fortaſſe quòd teſtamentorum per nuncupationem vſus eſſet rarior, tanquam quorum non tantùm validitas ſed etiam probatio lubrico fidei teſtium nón ſine magno aut perfidiæ, aut probationis periculo committeretur: Niſi ſi quando vrgente vi valetudinis non ſufficeret teſtator ad obſignandas tabulas teſtamenti, vt de Horatio qui Auguſtum quem ſcribere volebat palam nuncupauerat ſcribit Suetonius in vita Horatij. Ex quo illud etiam factum videtur, vt teſtamenta nuncupatiua iuri Prætorio fuerint omnino incognita, omnibus edicti partibus ita conceptis, vt tabularum mentio ſemper fieret, & ad duos illos caſus totum edictum de bonorum poſſeſſionibus accommodaretur: *Si tabulæ teſtamenti extarent vel non extarent,* quorum caſuum prior ad ſolam teſtamenti cauſam pertinebat, poſterior verò ad cauſam inteſtati ſolam: quaſi mortuo ſemper inteſtato eò cuius teſtamenti tabulæ nullæ extarent. Quamquam cœpit paullatim prætor eò quoque deſcendere vt bonorum poſſeſſionem vtilem ſecundùm nuncupationem daret exemplo illius quam verbis edicti ſecundum teſtamenti tabulas pollicebatur. *leg. 3. C. de bonorum poſſeſſionib ſecund. tabul. l. ſi ita ſcriptum 8. §. vltimo. D. eodem, lege vltima,* C. *de Codicill.*

ERROR SECVNDVS.

De ſententia l. qui teſtamento 20. D. qui teſtamentum facere poſſunt, & §. ſed neque. Inſtit. de teſtam. ordin.

ILLVD difficilius eſt quomodo verum eſſe poſſit quod Vlpianus ſcribit *in dicta l. qui teſtamento,* heredem inſtitutum non poſſe in teſtamento teſtem adhiberi ſi primus Iuſtinianus fuit qui ius hoc tranſtulit in legis neceſſitatem vt ſuprà diximus *ex §. ſed neque Inſtit. de teſtamen. ordin.* Nam & apud Ciceronem locus inſignis eſt in Oratione pro M. Ione, vbi ait ſe à Cyro architecto inſtitutum fuiſſe heredem cum P. Clodio, & obſignatum tamen ab vtroque teſtamentum, non alio vtique quàm teſtium iure. Nec poſſis cum Iacobo Cuiacio *ad dictam legem qui teſtamento,* ius hoc ad heredem illum reſtringere qui ſecretò in tabulis heres ſcriptus eſſet. Ponit enim Cicero teſtamentum palam factum in quo fuerat ille cum P. Clodio inſtitutus, quòd nihil aliud eſt quàm heredum inſtitutionem factam fuiſſe palàm non ſecretò: neque verò eſt ex ſollemnitatibus teſtamenti inſcriptis vt heredum nomen aut ab heredibus ipſis, aut à teſtibus ignoretur, vt iam ſuprà diximus, & conſtat *ex l. iubemus 29. C. de teſtam.* Quin potiùs dubitandi ratio ex eo peti poterat ne teſtamentum ſollenne videretur valere, ſi eius tenorẽ teſtes ignorarent *l. hac conſultiſſima 11. ver. nec ideò infirmari eod. tit.* Placet tamen quod Cuiacius docet *ad l. qui teſtamento.* In eo ſolo teſtamento quod per æs & libram fiebat obtinuiſſe vt heres teſtis eſſe poſſet, quod teſtamenti genus erat meri iuris ciuilis, de quo etiam ſupradictus Ciceronis locus accipi debet, cuius temporibus vna illa teſtandi

ratio in ciuitate frequentabatur: At in testamento quod vel mero iure prætorio fieret, vel iure mixto ex ciuili prætorio & principali, de quo Iust. *in §. sed paullatim eod. titul. De testament. ordin.* nunquam obtinuisse vt heres testis adhiberetur. De hoc verò testamenti genere accipiendum esse Vlpianum *in dicta lege qui testamento*, non de facto per æs & libram, quod etsi Vlpianus idem testatur in fragmentis adhuc in vsu fuisse suis temporibus, Dubitandum tamen non est quin frequentiùs ea testandi forma vsurparetur, quæ & Prætoribus & Imperatoribus magis placuisset: Siue quod esset illa commodior & vtilior heredi ad obtinendam bonorum possessionem quam ex testamento per æs & libram quinque duntaxat testibus adhibitis facto Prætor numquam dedisset, (requirit enim prætor & numerum septem testium, & vt tabulæ totidem signis signatæ sint) siue quòd non semper obuium esset familiæ emptorem & libripendem inuenire ad mancipandam familiam, cùm tamen eius mancipationis vsus non esset nisi imaginarius, vt loquitur Constantinus *in l. quoniam indignum* 15. *D. de testam.* Idque est quod scribit Iustinianus *in fine §. 1. dict. titul. De testament. ordin.* Testamentum quod per æs & libram fiebat, licèt diutiùs permanserit, tamen in vsu partim esse desiisse, Non quòd maneant testes ficta emptione sublata vt malè ibi Viglius interpretatur (nam & ficta illa vetus emptio quinque testes requirebat, & præterea libripendem ac familiæ emptorem, vt non nisi septem personis interuenientibus ea sollennitas peragi posset, vnde & Prætores septem testium adhibendorum necessitatem sumpsisse videntur) Sed quia, vt ait Vlpianus *dict. titul.* 20. In testamento quod per æs & libram fiebat duæ res agebantur, Familiæ mancipatio, & Nuncupatio testamenti, atque ita duabus illis quodammodo partibus totũ negotium continebatur, quarum prior in vsu esse desiit, Posterior permansit, cùm nihil aliud esset nuncupari testamentum, quàm quod testator tabulas testamenti tenens in manibus, testes ita alloquebatur *Hæc vti his tabulis, cerisve scripta sunt, ita do, ita lego, ita testor. Itaque vos Quirites testimonium perhibetote.* Ergo vt institutam disputationem absoluamus, Potuit quidem olim heres testis esse in testamento quod factum esset mero iure ciuili per æs & libram, id est adhibito familiæ emptore & libripende. Sed si vel prætorio tantùm vel mixto etiam iure factum esset testamentum, obtinuit sanè numquam vt heres testis esse posset, ne quidem in testamento in scriptis arcano, & secreto, Non quod inter testatorem & heredem etiam ignorantem negotium aliquod geri videretur, vt parum subtiliter Tribonianus credidit, sed quia heres sit vniuersi iuris successor ex sola legis potestate, nullo etiam negotio gestõ, nisi quod hereditatis acquisitio necessaria est in persona heredis vt heres fiat: Quæ cùm sit, heres quidem quasi contrahit & negotium aliquod gerit, sed non cum testatore quem eo tempore iam defunctum esse necesse est, at cum creditoribus & legatariis, & aliis quibus exinde tanquam heres obstrictus esse incipit *l. 3. §. vltim. & l. sequenti. D. quibus ex causs. in possess. eat. l. 5. §. heres quoque D. de obl. & actionib.* Porrò ea ratio non habet locum in legatario quia licèt in re legata quodammodo heres esse videatur *l. id tempus* 14. *§. 1. D. de vsucapionib.* numquam tamen legatarius iuris successor est, nec personam defuncti repræsentat. Mirum igitur non est legatarũ testem olim semper esse potuisse in testamento in scriptis siue se legatarium sciret, siue ignoraret. Et ita Iustinianus accipiendus est *in dicto §. legatarius*, Non quasi vera ratio propter quam legatarius adhiberi testis potest illa

fit,

sit, quod legatarius iuris successor non sit (inde nāque fieret vt admittendū esset in testamento quoque nuncupatiuo legatarium testem esse posse, quod falsissimum est) sed vt intelligamus, Legatarium ne testis esse possit non impediri ratione illa qua sola impeditur heres, qui si iuris successor non esset, etiam ipse adhiberi in testem posset in testamento in scriptis, ad probandam sollennitatem. Ac vt dicam breuius non tam decidendi ratio illa est, quàm remouens dubitationem quæ obiici poterat ex comparatione heredis, qui licèt aliorum testium exemplo non nisi ad probandam testamenti in scriptis sollennitatem adhibitum se dicat, inutiliter tamen adhibitus intelligitur, Ideò tantùm quia iuris successor est. Vera igitur & germana ratio propter quam olim permissum semper fuerit vt legatarius testis esse posset, Non alia afferenda est nec adferri apta potest, quàm quòd ad solam sollennitatem probandam adhibeatur, non etiam ad probandam voluntatem quæ scilicet per scripturam ipsam satis probatur, dum ne quid ex sollennibus scripturæ desit. Ex quo sequitur, In testamento igitur nuncupatiuo aliud esse nec adhibendum legatarium in testem; cùm in eo testamentorum genere ad voluntatis ipsius non minùs quàm ad sollennitatis probationem testes adhibeantur. Idque tam manifesta iuris ratione ac naturali æquitate nititur vt illi ipsi qui cum interpretibus fateri coguntur, quod nos negamus, Posse legatarios testes esse in testamento quoque nuncupatiuo, non possint sibi temperare quin subiiciant. Tutius tamen esse vt non adhibeantur si alij eo loco & tempore idonei testes inueniri possint. Sic enim Ioann. Dilect. *in tract. De art. testand. titul 2. cautel. 9.* & anonymus quidam *in tract. De testibus*, qui tamen creditur esse Panormitani. Sed errant isti grauiùs, nam quemadmodum scrupulositas nimia & inanis est vt quis vereatur adhibere legatarios testes in testamento in scriptis, tanquam aliquomodo suspectos, etiam aliorum testium copia esse proponatur, Ita numquam permittendum est vt in nuncupatiuo adhibeantur, nec si alij nulli testes minùs suspecti haberi possint quia faciliùs ferendum est vt faciendi testamenti facultas ob non habitam testium copiam testatori eripiatur, vt *in l. conficiuntur 8. §. codicilli D. de iur. codicill.* quàm vt legatario cuiquam vllo casu per testimonium in re sua præstare, quod absurdissimum & iniquissimum semper est ipso etiam Iustiniano teste *in dict. §. sed neque in fin.* Nec minùs quando de toto testamēto cōtrouertitur, quàm si de solo legato, cùm de toto testamento neque controuerti, neque testatio fieri possit, quin legati substantia, & in controuersiam, & in testationem deducatur. Sed mirum non est distinctionem hanc & Accursio & Bartolo *ad d.l. qui testamento*, & aliis placuisse qui meliùs quod dicerent nihil habuerunt, vt pluribus docebimus in Error. 4.

ERROR TERTIVS.

De legatario qui hodie testis adhibitus sit in testamento in scriptis.

SI cui mirũ videbitur quod in superioribus aduersus omnes omniũ interpretum sententias disputauimus, Legatarium in testamento nuncupatiuo testem adhiberi nec posse hodie nec vnquam potuisse, mirandi causam is longè maiorem sibi finget, vbi audierit, quod nos probandum nunc suscipimus: Etiam in testamento in scriptis permittendum hodie non esse legatario vt in testem adhibeatur. Neque tamen aut verius, aut apertius dici quicquam posse arbitramur. Mouemur autem vnica illa, sed fortissima, vt nobis quidem videtur, ratione, quòd quæ res impediebat iam olim ne vnquam testis heres esse posset, etiamsi testator non tantùm in scriptis, sed etiam secretò testatus fuisset. Nimirum quòd is vniuersi iuris successor esset, in eóque vetustissimi familiæ emptoris imaginem quandam obtineret, ea nunc in legatario quoque locum habeat, quæ antèà non habebat: Non quòd hodie legatarius quatenus legatarius est, id est alio herede existente iuris successor dici possit, (semper enim successor singularis est, licèt in re legata quodammodo quasi heres esse videatur, vt suprà dicebamus ex *l. id autem 14. §. 1. D. de vsucap.*) Sed quia ex Nouella Iustiniani constitutione 1. *De hered. & falcid.* inductum est contra omnem omnino iuris veteris rationem vt non adita per heredem scriptum hereditate in qua nullus sit substitutus, aut vulgaris, aut fideicommissarius non solùm non intercidant legata quę anteà ipso iure corruebant *l. si quem 9. D. de testam. tutel.* Sed etiam possit legatarius hereditatem adire atque ita heres fieri acsi in testamento heres scriptus esset, vt perinde omnia implere teneatur, quæ testator fieri iussit, ac heres ipse teneretur si hereditatem adiisset, præsita tamen priùs de hoc satisdatione. Ex qua constitutione dubitandum non est, quin factum sit vt legatarius quilibet iuris successor esse possit, & quidem vniuersalis cùm possit fieri heres, quasi per legem ipsam & Iustiniani constitutionem tacitè suo loco & tempore vulgariter substitutus. Cui proinde consequens est vt non magis quàm heres possit hodiè adhiberi testis in testamento. Quid enim refert an iuris successio primùm ei, an secundo vel tertio gradu deferatur, cùm omni casu primus ille & immediatus iuris successor fiat? Aut quid hac parte interest an iuris successor sit quatenus heres institutus, an verò quatenus legatarius euadens in heredem institutum? Nam nec ab initio iuris successor fit, qui heres instituitur si inspicias tempus institutionis, & testamenti, cùm eo tempore id est viuo adhuc testatore nec heres quisquam, nec hereditas vlla esse possit. At neque possis dicere eum qui heres scriptus est omnimodo futurum iuris successorem. Quid enim si heres esse vel nolet, vel non poterit, fortè præuentus morte, vel deportatione, vel quo alio simili casu? Cur ergo in testamento etiam sollemni & arcano adhiberi testis non potest? Nimirum quia potest fieri vt iuris successor fiat, eo scilicet casu quo heres esse & volet, & poterit. Sufficit igitur ad arcendum quem à numero testium in testamento adhibendorum, vt iuris successor aliquo casu esse possit, nec illud etiam requiritur vt omnimodo futurus sit. Lex enim prouida est, ac proinde quod homines prouidi facere solent, incerta & nescia eorum quæ accident circumspicit omnia quæ possunt euenire, vt prospiciat ne quid interim fieri patiatur, quod ex euentu apparere possit, neque fieri neque permitti debuisse. Proinde cùm legatarius aliquo casu possit fieri iuris successor, fatendum est nullomodo permittendum ei esse hodie vt testis esse queat. Nam & in fideicommissario vniuersali hoc ipsum

nominatim

nominatim tradidit Ioan. Faber, qui primus inter iuris nostri interpretes Fabri nomen & eruditionis & præcipuæ apud suos dignitatis gloria insigne fecit, Testem eum in testamento adhiberi non posse quia iuris successor est, sumpto scilicet argumento à contrario sensu ex eo quod scriptum est *in §. legatariis Inst. de testam. ordin.* Ideo testem esse legatarium posse, quòd iuris successor non sit. Nulla porrò inter fideicommissarium vniuersalem & legatarium singularem hac parte differentia hodie est, cùm heres recusat adire, nisi quòd fideicommissarius vniuersalis potior est, vt ei priori quàm legatario deferatur hereditas, quam possit ille adire suo iure, nulla necessitate cogendi heredis ad adeundum, siue ex Pegasiano senatusconsulto, siue ex Trebelliano. Cæterùm si vel fideicommissarius vniuersalis nullus sit, vel qui est, adire nolit, tantundem iuris habet legatarius vt per aditionem fieri heres possit. Nec minùs tamen verum est incertum esse an fideicommissarius vniuersalis aliquando iuris successor futurus sit, cùm multa possint accidere ne vnquam sit, puta si vel viuo adhuc testatore, vel mortuo quidem eo sed tamen ante fideicommissi conditionem existentem decesserit, Aut si viuo eo fideicommissi condicio defecerit, Aut condicio sub qua heres fuerat institutus. His enim omnibus casibus fideicommissum intercidere nemo ambigit. Neque eo magis tamen valebit testamentum, in quo adhibitus fuerit in testem fideicommissarius vniuersalis, quia testamentorum ius tale est vt ipsa per se ab initio firma omnimodo esse oporteat, non ex futuro euentu incerto pendere. *arg. l. illa institutio 32. D. de hered. instit.* Idémque multo certiùs in substituto vulgari, qui non per fideicommissum, sed directò iuris successor est, tractari potest vt sequenti capite dicemus. Quidni ergo etiam in legatario quē Iustinianus noster inuita licèt Iurisprudentia fecit quodammodo vulgarem tacitè substitutum? Nam & tacita quædam est vulgaris substitutio *l. si Titio & Mœnio 61. §. Iulianus de legat. 2.* quoties scilicet vni post alium defertur per legem hereditas ita demùm si prior heres esse vel nolit vel non possit: vt in proposito casu contingit. Illud verò semper menti tenendum est, quod superiore capite diximus, Cùm quæritur, cur olim potuerit legatarius esse testis in solenni scriptóque testamento, non fuisse veram & germanam rationem illam, quòd iuris successor non esset. Separat enim duntaxat legatarios ab heredibus non nodum explicat, vt & Viglius bene vidit, sed quòd in eo testamenti genere ad sollennitatem tantummodò, non etiam ad voluntatem probandam testes adhibeantur. At si quæratur Cur heres in testamento etiam arcano testis esse non possit, aliam rationem adferri meliorem non posse, quàm quia sit iuris successor. Ea enim ratio si non esset, nihil vtique obstaret quominùs heres quoque perinde ac legatarius testis adhiberetur ad probandam non quidem testatoris voluntatem, sed testamenti solennitatem.

Inde námque fit, vt certius hodie sit, Legatarium testem esse nullomodo posse, postquàm cœpit ex Iustiniani constitutione posse fieri aliquo casu iuris successor, quàm quod omnes fatentur, Testem illum in testamento in scriptis esse olim potuisse.

ERROR QVARTVS.

De substituto vulgari adhibito teste in testamento in scriptis, & de rationibus quæ adferuntur pro legatario vt testis esse possit.

PARVM est interpretibus nostris vt in nuncupatiuo quoque testamento legatarium testem adhiberi patiantur, si non errorem per se grauem alio maiore ac grauiore cumulét: quod ij faciunt qui legatarij exemplo idem quoque in vulgari substituto admittendum esse putant, vt in quolibet testaméto siue in scriptis, siue per nuncupationem condito testis esse possit. Cuius sententiæ primus, vt puto, author fuit Angelus de Perusio Baldi frater, qui disertè sic respondit *consil* 275. *num.* 6. Si quæras qua lege, Non aliam ille affert quàm quæ à Iustiniano scripta est *in §. legatariis Inst. de testam. ordin.* post Vlpianum *in l. qui testamento* 20. *in princ. D. qui test. facere poss.* & Zenonem Imperatorem *in l. dictantibus* 22. *C. de testam.* Qui tamen loci omnes de legatario tantùm loquuntur, non etiam de vulgari substituto. Si autem qua ratione, Hac vna, quod inquit, substitutus hoc casu non de substitutionis viribus testimonium dicat in sui commodum, sed de toto testamento ad commodū heredis principaliter, ad suum verò non nisi secundariò, & per quandam veluti consequētiam. Nimirum sic fuit persuasum Angelo, quod & alijs interpretibus omnibus legatario quāuis in re sua testimoniū præstare videatur, permitti tamen vt etiā in nuncupatiuo testamēto testis esse possit: Quo præsuppositio, vt obiectionem illam effugiant, quam statim occurrere vident, quod nemo in re sua testis sit idoneus, non aliud habent quod respondeant, quàm hoc ipsum quod Angelus ad substitutum accommodat, non nisi secundariò testimonium sibi præstare legatarium, sed principaliter heredi, cùm non de legato solo, sed de probanda totius testamenti voluntate tractatur. Nos verò in præcedentibus probauimus & falsum esse quod illi supponunt pro vero, Legatarium etiam in nuncupatiuo testamento adhiberi testem posse, Et obiectionem illam De reiiciendo cuiusque in re propria testimonio dissolui nulla ratione posse, Cùm in cæteris omnibus nihil interfit an principaliter an secundariò ad suum commodum velit quis testimonium dicere, vt testis esse prohibeatur *cap. personas extra de test. lib.* Quod nec Viglius negare potest *ad d. §. legatarijs.* Tametsi communem interpretum errorem sequatur: Sed ait specialiter hoc in legatario receptum esse fauore testamenti: Et specialitatis rationem satis probabilem cùm afferre nullam possit, conquirit multas, & omnes congerit quæ ab aliis adferuntur. Sunt enim qui rationem sumant ex numero testium, vt Ioannes Faber, quasi in tāto testiū numero quantus ad testamenta omnia etiā nuncupatiua cōficienda requiritur, defectus, vt loquuntur, vnius, per alios suppleri possit, Alij ad rogationem approbationémque testatoris id referunt quasi absurdum sit, à testimonio repelli eum quem testator & rogauerit & approbauerit, Alij merum testamenti fauorem considerant quem negari non potest in toto iure nostro magnum esse ac præcipuum, *vul. l. si pars* 10. *D. de inoff. test. l.* 1. *C. de sacros. eccl. l. vel negare* 6. *D. de testam. quem. aper.* Ipse verò Viglius vt fuit subtilis

tilis & acutus Iurecõsultus duas ait rationes in legibus ipsis extare, Vnam *in dict.§.legatarijs*, quòd legatarij non sint iuris successores, quam tamen fatetur ad explicandum nodum non sufficere, Alteram in qua conquieſcit, sumptam ex Marciano *in l.si quis ita* 14. *D.de reb.dub.* quòd ipsum testamentum cõfirmetur adhibitis testibus, acsi eius rationis sensus ille sit, vt non debeat testamentũ euerti ob hoc quod ad eius confirmationẽ factũ est. Quæ tamẽ rationes omnes quàm sint leues & futiles, quod de prioribus tantùm Viglius admittit facile videre quiuis potest. Nã quod aiũt de numero testium, quã obscero vim habere potest, cùm nec si omnes testes in testamento adhibiti legatarij sint, testamentũ tamẽ valere negẽt? Quis enim credat vnius testis suspicionẽ per alios plures quotcunque tandẽ sint, purgari posse, suspectos æquè omnes? Aut quis putet in testamento, in quo tot testium adhibendorum necessitas aliæq; tam multæ sollennitates ideò tantùm introductæ sunt, ne qua falsi comminiscendi ratio superesse posset, non esse adhibendos eos tantùm testes qui sint omni exceptione maiores? Quod verò illi addunt de rogatione & adprobatione facta per testatorem, multò absurdius est. Nec enim positæ sunt in arbitrio & potestate testantium sollennitates testamentorum, vt de iis remittere aliquid possint, sed ex legum authoritate omnes pendent: Nemo autem facere potest quin leges in suo testamẽto locum habeãt *vulg. l.nemo* 55. *de legat.* 1. Alioqui dicendum esset, etiam impuberes, & mulieres, & domesticos, & infames adhiberi testes in testamento posse, tanquam adprobatos semper à testatore à quo nimirum rogatos eos esse semper necesse est: quod tamen nec quisquam hucusque dixit, nec dicet vnquam. Rursum quod de testamenti fauore adferunt, nihil vrget, cùm non alia testamenta fauorem vllum mereri possint quàm quę facta esse constat ex præscripto legũ, quas qui contempsit, planè indignus est cui leges subueniant & patrocinentur, Nec tantùm qui contemplit, sed & is qui casu aliquo fortuito impeditus fuit ne testamenti tempore iis parere potuerit, puta si testium copiam eo loco & tempore non habuerit *d. l. conficiuntur* 8. *§. codicilli D. de iur. codicill.* quia semper imputari ei potest cur non fuerit diligentior in faciendo testamento tùm cùm sollennitates omnes adhibere commodè potuisset, Nisi quod tandem & rusticis & aliorum quoque testamentis ruri factis subueniendum Iustinianus putauit *in l.vlt. C. de testam.* si plures quàm quinque testes eo loco haberi non potuerint. Quam verò rationem adfert Iustinianus *in d.§.legatarijs*, quòd legatarij non sint iuris successores iam ostendimus & Viglius ipse non negat minùs aptam esse, nec tam eò pertinere vt probet testem esse posse legatarium, quàm vt ostendat Rationem quæ facit ne heres testis esse possit ne quidem in testamento inscriptis, etiamsi ad sollennitatem solam non etiam ad voluntatem probandam adhibeatur, in legatario locum non habere.

ERROR QVINTVS.

De sententia l si quis ita 14. D. de reb. dub. & de differentia legatarij, substituti vulgaris, & fideicommissarij vniuersalis.

Tit:

SVPEREST igitur ſola illa ratio quæ ſumitur ex Marciano *in d.l.ſi quis ita* 14. *de reb.dub.* quòd teſtamẽtũ ipſum cõfirmetur adhibitis teſtibus, Sed eam ſanè perperam explicant qui cum Viglio ſic interpretãtur, vt quod ad teſtamenti confirmationẽ factum eſt, non debeat teſtamentum euertere. Senſus enim ille potiùs eſt quẽm nos in præcedentibus indicauimus, Nihil cauſæ eſſe cur teſtamenti ſignatoribus, id eſt teſtibus legari aliquid poſſit, non quaſi fauorem hunc mereantur pro officio quod teſtatori præſtant, vt teſtamentum eius obſignãdo confirment, ſed quia confirmato per teſtium ſubſcriptiones & ſigna teſtamento, probatur voluntas non per teſtes ipſos qui proinde teſtimonium ſibi in re ſua non præſtant, ſed per ſcripturam ipſam teſtamenti confirmatam, nec adhibentur teſtes vt probent teſtamentũ, ſed vt illud confirment, quod ſufficit vt legatum iis debeatur, non vt eorum teſtimonium reiiciatur. Itaque ſi ponas in teſtamento nominatos eſſe legatarios, qui ſubinde adhibiti ſint teſtes, vt excludam caſum illum de quo *in d.l.ſi quis ita*, dicam priùs factos illos & ſcriptos legatarios quàm fuerint teſtes, prius tamẽ teſtes, quàm fuerit confirmatum legatum. At cùm in teſtamento nuncupatiuo iidem ſunt teſtes qui legatarij, tã citò ſunt teſtes quàm legatarij, cùm non quemadmodum ſcriptura, ita vox teſtatoris per ſe quicquam probet, niſi adſint teſtes qui eam excipere, audire, ac referre poſſint. Dices, Nec ſcripturam teſtamenti quicquam eſſe profuturam ſi nulli teſtes adhibeãtur. Reſpondeo, Non equidem profuturam vt ex ea poſſit agi: At nõ ideò quòd per ſolam ſcripturam neſciri poſſit ſine teſtibus quinam verè ſint legatarij, ſed quia parum ſit de eo conſtare per ſcripturam, ſi non etiam appareat, ſcripturam illam eſſe teſtamentum, quæ porrò non aliter poteſt eſſe teſtamentum quàm ſi ſit ſollennis, qualis denique eſſe nequit ſi non teſtibus adhibitis, & obſignatoribus cõfirmata ſit. Ita ſit vt ſemper eò res recidat, quemadmodũ iam ſæpe diximus, vt in teſtamento per ſcripturam facto adhibeantur teſtes ad probandam ſollennitatem duntaxat, nullomodo autem ad probandam voluntatem. In teſtamẽto autem nuncupatiuo ad vtrumq;, ſed magis & principaliter ad probandam voluntatem, quam ſemper aliquam eſſe ac præcedere neceſſe eſt tanquam ſubſtantiam, vt ei ſolennitas aliqua poſſit accedere. Proinde cùm de illo tractamus An heres vel legatarius poſſit adhiberi teſtis in teſtamento ſollenni per ſcripturam facto, non tam mirum illud videri debet, quod admittimus legatarium teſtem eſſe poſſe, quàm illud improbabile quod negamus heredẽ cenſeri debere eodem iure. Nec ſanè diuerſitatis ratio alia eſt, quàm quæ ſuprà fuit à nobis allata, quod heres iuris vniuerſalis ſucceſſor ſit, eademq; propemodum perſona cum defuncto: legatarius verò non item. Cui rationi prorſus conſequens eſt, vt quiſquis iuris ſucceſſor eſt non magis adhiberi in teſtamento teſtis poſſit quàm heres. Indéque ninirum hauſit Ioannes Faber Fideicommiſſarium vniuerſalem non eſſe admittendum in teſtem, quia licèt heres non ſit, tamen æquè iuris ſucceſſor eſt, & poſt reſtitutam hereditatem habetur loco heredis §. *reſtituta inſt. de fideicomm. hered.l.1.& 2.D.ad SC. Trebell.* In eoq; plus iuris habet fideicommiſſarius vniuerſalis quam legatarius etiam hodie poſt Iuſtiniani *Nouell.*1. *De hered. & falcid.* quòd quamuis poſſit legatarius perinde ac fideicommiſſarius vniuerſalis heres fieri & conſequenter vniuerſalis iuris ſucceſſor, non aliter tamen poteſt vnquã fieri iuris ſucceſſor, quàm ſi priùs fiat heres, nec rurſum heres

fieri

fieri alio casu quàm quo neque primus heres adire velit, neque substitutus directus aut fideicommissarius vllus sit, à quo anteuertatur. At fideicõmissarius vniuersalis suo iure successor iuris est non solùm eo casu quo sit heres per additionem, cùm neque heres, neque substitutus directus vllus est qui adire & possit, & velit, sed illò etiam quo priùs adita sit hereditas siue per heredem institutũ, siue per vulgarem substitutum. Quòd si fideicommissarius vniuersalis adhiberi testis in testamento quantumuis sollenni & scripto non potest, nec in eo valet ratio quam interpretes adferunt in legatario vt testis esse possit quia non principaliter sed per accidens & secundariò testificatur ad proprium commodum, nempe quia iuris tamen successor est, quantò magis admittendum est, vulgarem substitutum in eo quoque testamenti genere testem esse non posse, cùm non ratùm sit successor iuris quomodo fideicommissarius vniuersalis, sed etiam priore loco & ante fideicommissarium vniuersalem, quem haud dubiè anteuertit, siue fideicommissarius vniuersalis succedere velit communi iure & ex fideicommisso post aditam hereditatem restituendo, siue nouo iure *ex Nouell. 1. de hered. & falcid.* Sed & in eo plus iuris habet substitutus vulgaris, quàm vniuersalis fideicommissarius, quod succedit iure directo & ex lege ipsa duodecim tabularum, nullo indigens aut prætoris aut alterius hominis facto: adeóque nec noua illa Iustiniani constitutione *in d. Nouell. 1.* vt recusante primo herede ipse heres fiat. Fideicommissarius verò non nisi per obliquum succedit, nec propria authoritate occupat hereditatem, sed per manus heredis aut instituti aut vulgariter substituti, neque iure ciuili, sed ex tuitione & iurisdictione prætoris. Illud plane fatendum est, hactenus meliorem esse condicionem fideicommissarij vniuersalis, quàm substituti vulgaris, quòd heredis instituti aditio extinguit vulgarem substitutionem; at fideicommissariam non modò non extinguit, sed etiam confirmat. Sed hoc ad rem nostram non pertinet, non enim eo minùs verum est Vulgarem substitutum & priore loco & potiore iure esse successorem iuris quàm fideicommissarium vniuersalem, ob idque nullomodo testem esse posse. Amplius dicam, Tametsi ius ita comparatum esset, vt fideicommissarius vniuersalis in testamento in scriptis adhiberi testis posset, non ideò tamen futurum, vt de substituto vulgari posset idem dici, quandoquidem vulgaris substitutus multò propiùs accedit ad heredem quàm ad vniuersalem fideicommissarium, cùm sit & ipse heres, quamuis non nisi secundo loco & sub condicione institutus. Vnde est quod vulgarem substitutionem post Caium & prudentes cæteros, non nisi secundam, aut secundi heredis institutionem diffinimus.

ERROR SEXTVS.

De testamentario executore adhibito teste in testamento.

NOVA penè hæc quæstio est, & à paucis tractata, An testamentarius executor testis in eodem testamento esse possit. Nec enim hac de re quicquam in prudentum responsis cautum legimus, siue quòd putauerint rem carere dubitatione, siue quòd antiquis

illis temporibus , aut nullus,aut minùs frequens vſus eſſet creandorum in teſtamentis executorum , ſaltem eo ſenſu quo teſtamentarios executores hodie appellamus , quaſi fruſtra id , & ſuperuacuò foret , ſi vel alius vel melior ſupremarum voluntatum executor,quàm magiſtratus , ad cuius officium & authoritatem ea res maximè pertinet,quæreretur. Fit ſanè mentio quibuſdam iuris noſtri locis de legatis vel fideicõmiſſis quæ certis perſonis ſic relicta eſſent , vt non tam forent illi legatarij & fideicommiſſarij quàm miniſtri ad legata vel fideicommiſſa aliis præſtanda. Vt *in l.ſi quis Titio* 17.*de legat.*2.*l.ſi à pluribus* 107.*de legat.*1.*l.Lucius* 78.*§.*1. *D.ad S C.Trebell.* Sed non tam ſunt illi propriè executores de quibus nunc agimus,quàm perſonæ quædam interpoſitæ per quas velit teſtator res ſuas ad aliquem peruenire,ſic tamen vt earum poteſtatem & authoritatem non tam implorare, quàm fidem & nudum miniſterium eligere videatur.Et hoc quidem legatorum diſpenſatores appellari poſſe non nego,quomodo appellari eos à Martian.*in Nouell.de teſtib.* obſeruauit Cuiacius tract.2.ad African.*ad l.ſi à pluribus* 107.*de leg.*1. Sed eſſe illos aut dici poſſe executores teſtamentorum de quibus in Nouell.Leonis 68.vt idẽ Cuiacius exiſtimat,id verò nego & pernego:fiétque apertiùs ex iis quæ ſequenti capite dicturi ſumus. Tractamus autem in propoſita quæſtione de veris teſtamentorum executoribus, cùm quærimus an teſtes in teſtamento eſſe poſſint,in quo nominati ſunt executores.Video placere multis,nõ poſſe iſtos teſtes eſſe.Sic enim Ioan. Dilect. *in tract. De art.teſtand.tit.*2.*cautel.*9.vbi diſertè ſcribit cauendum eſſe ad validitatem teſtamenti ne quis ex executoribus in teſtem adhibeatur. In eámq; rem citat Bald.in conſiliis cuius expreſſa in eam rem ſententia eſt. Mouetur portò Baldus ex eo quod ſcriptum eſt *in l.ex ſententia* 29.*D.de teſtam.tutel.* ex Senatuſconſulti Liboniani ſententia tutorem non eſſe eum qui ſe pupillo tutorem ſcripſit,etiamſi non ſit ambigua voluntas patris idipſum manu ſua declarantis:quamuis hoc caſu lex dicat dandum hunc quoque curatorem aliis etiam tutoribus conſtitutis,Nec admittendam excuſationem quam iure publico habebat,quoniam promiſiſſe videbatur,ſcribendo ſe tutorem , nec vt ſuſpectum poſſe remoueri cùm habeat pro ſe teſtatoris voluntatem.Sed locus ille quomodo,aut in quo ad rem noſtram faciat,difficile eſt animaduertere.Nam præter id quod non de eo tractamus,qui ſe manu ſua executorem ſcripſerit,ſed qui nuncupatiuo teſtamento executor à teſtatore nominatus ſit,Etiamſi nos de illo ageremus,probaret potiùs ea lex,non poſſe hunc executorem eſſe,quàm vt teſtis eſſe non poſſit,admiſſa etiam tutoris & executoris comparatione:Niſi fortè Baldus ad id reſpexit quod lex exigit, vt teſtator ſuam voluntatem manu ſua declarauerit ad hoc ne ſuſpectus videri poſſit qui ſe executorem dicit,ſed videre debuit longè magis ſuſpectum eum eſſe qui ſe manu ſua ſcripſit vel executorem vel tutorem , quàm qui teſtamento adfuit tanquam teſtis , Teſtamento præſertim nuncupatiuo quod ſcripturam non exigit , & in quo nemo ob id ſolùm quòd ſit teſtis , ſuſpectus fieri poteſt, quominùs teſtis eſſe poſſit. Quamquam vereor ne Baldus,vt fuit vir valde ſubtilis,maius quiddam & elegantius conceperit. Illud nimirum fortaſſe,In teſtamentis nuncupatiuis,tantundem poſſe dicta teſtiũ, quantum poteſt ſcriptura teſtatoris in teſtamento in ſcriptis.Ergo quemadmodum non poteſt eſſe tutor qui ſe tutorem ſcripſit,nec ſi appareat, indubitatè voluntatem teſtatoris eam fuiſſe vt hunc tutorem daret , ita neque eum

qui ſe

qui se tutorem datum esse probare vult proprio testimonio, tanquam adhibitus testis in nuncupatiuo testamento, quamuis cæterorum testium in eodem testamento adhibitorum dicta consentiant. Secundum quam inductionem idem dicendum esset tametsi poneres hunc qui se tutorem dicit testamento nuncupatiuo datum, adhibitum fuisse in octauum testem, ita vt per septem alios testes probari possit illud ipsum quod hic asserit tutorem se datum, Alioqui non posset indubitatè affirmari tutorem hunc datum fuisse, quomodo in specie *d. l. ex sententia*, indubitatum erat tutorem datum eum fuisse quem testator manu sua talem declarauerat, cùm & testis huius qui se tutorem dicit, non possit aliquomodo non esse suspectum in re propria testimonium, & numerus septem testium in testamento quolibet siue in scriptis, siue nuncupatiuo vsque adeò sit requisitus, vt quod non nisi per sex probari potest, perinde haberi debeat acsi per neminem probaretur. At cùm septem testes adsunt non computato eo qui & in octauum adhibitus est & tutorem datum se dicit in testamento per nuncupationem condito, dubitari non potest quin ea testatoris voluntas fuerit, quæ per septem testes omni exceptione maiores probatur, Nec eo minùs tamen suspectus aliquomodo videri debet, qui se tutorem dicit proprio testimonio, vt ob eam causam proinde tutor esse non debeat sed tantùm curator adiungi tutoribus vt testatoris voluntati de qua certissimè aliunde apparet, satisfiat. Et ita secundum hanc interpretationem fit vt bona sit comparatio huius tutoris & illius de quo *in d. l. ex sententia*, siue quòd nihil referat an quis tutorem se scribat, an testimonio suo comprobet, siue quòd nec rursus quicquam intersit, an testator propria sua manu voluntatem suam declarauerit, an voce sua coram septem testibus, qui de voluntate illa testificentur. Ac quoniam videt Baldus obstare valde quod scriptum est *in §. legatariis inst. de testam. ordin.* Etiam legatarios adhiberi posse testes in testamẽto, aliam constituit ille rationem tutoris, aliam legatarij, & executorem testamentarium vult similiorem esse tutori quàm legatario. Supponere autem videtur Baldi ratiocinatio, quod an verũ sit alibi disputauimus Senatusconsultum Libonianum aduersus eos factum, qui legatum sibi adscripserunt, licèt non nisi ad testamenta in scriptis pertineat quantum ad figuram verborum, si tamen sentẽtiam inspicias, etiam ad nuncupatiua extendi debere præsertim quæ per scripturam probentur, vt voluit Bart. ad *l. 1. §. ex illa D. ad leg. Corn. de falsi.* Quasi perinde suspectus sit qui legatum sibi relictum esse proprio testimonio probare vult, atque is qui propria scriptura quamuis in hoc ipso aliter sentiat Bald. *ad l. 2. C. de his qui sib. adscrib.* Non desunt tamen qui contra Baldum sentiant, Executorem in eo quoque testamento in quo executor datus est testem esse posse: quod post Angelum defendit Bauerius *ad §. legatarius, inst. de testam. ordin.* & post vtrumque Vuesembec. in paratitlis *ad Tit. D. qui testam. facer. poss. num. 11.* Horum omnium ratio est quòd eadem executoris quæ legatarij causa esse videatur, cùm neutrius causa principaliter in eo vertatur, sed heredis: Delegatario autem nemo ex istis dubitat quin possit esse testis in testamento etiam nuncupatiuo. Cur non ergo, inquiunt, etiam executor? Nam & executor in hoc videtur fauorabilior legatario quòd nullum ex suo testimonio sentit commodum sed potiùs onus, & incommodum, Legatarius contrà ex legato nihil nisi commodè sentire potest non onus *l. si hereditatem 32. D. mandat.* Obseruandum autem est loqui nos de executore qui nu-

Digitized by Google

dus executor sit, ad differentiam eius quem post Bartolum nostri vocant executorem vniuersalem & loco heredis esse dicunt. Qualis ille est qui alio nullo herede instituto iussus est distribuere bona testatoris inter pauperes. Ita enim Bart. *ad l. alio herede n. 6. D. de alim. & cibar. legat.* vbi addit idem esse si Christi pauperes sint heredes instituti *ex l. si quis ad declinandam*, & ibi Bald. & alij notant *C. de episc. & cleric.* Nam hunc qui heredis loco est negari non potest iuris successorem esse, ideóque testem adhiberi non posse, Quomodo de fideicommissario suprà scripsimus *ex d. §. legatarius*, Vt proinde parum interest an dicamus esse illum loco heredis, quemadmodum Bartolus loquitur, itémque Alexan. post alios *consil. 98 vol. 2.* An potiùs loco fideicommissarij, vt contra Alexan. scribit apostillator Paris. ad illum locum: Quamquam non possum videre, quo sensu aut qua ratione velit ille vniuersalem executorem haberi pro fideicommissario cùm nemo est institutus, cùm nec fideicommissum vniuersale possit aliter subsistere quàm si & heres aliquis institutus sit & ab eo adita hereditas, si iuris rationem inspicias. Nam si hoc referas ad Iustiniani *Nouell. 1. de hered. & falcid.* quæ etiam non adita per institutos heredes, nec per substitutos hereditate fideicommissum tamen tuetur, admittitque fideicommissarium ad hereditatem: Inanis est quæstio & inanior apostillatoris reprehensio, cùm eo casu fideicommissarius non tanquam fideicommissarius admittatur, sed tanquam heres institutus, nec ad petendum fideicommissum, sed ad hereditatem adeundam: nec denique tanquam fideicommissarius vniuersalis, sed tanquam nominatus in testamento: Siquidem & in fideicommissario singulari & in legatario idem esset, nisi quòd fideicommissarius vniuersalis tanquam dignior præfertur cæteris omnibus singularibus & legatariis. Vtcunque sit, non puto quemquam esse qui negare ausit, Executorem vniuersalem eo casu quo siue heredis, siue fideicommissarij loco sit testem in testamento adhiberi posse: quandoquidem nec heres institutus nec fideicommissarius vniuersalis posset, tanquam qui sint iuris successores *d. §. legatarius*, vbi hoc ipsum de fideicommissario vniuersali Angel. de Aretio, Ioannes Faber & alij plerique nominatim scribunt. Talem námque executorem vniuersalem heredis loco esse apparet ex eo quod supradicto loco vult Bartolus & post eum cæteri, Posse illum conueniri, hereditariis actionibus, Quod vtique in successorem singularem non cadit *l. vlt. C. de hered. act.* disputatio igitur nostra est de nudo & particulari, vt vocat, executore qui non solùm non heredis loco, sed neque legatarius sit. In eo siquidem qui etiam legatarius sit, fatentur omnes eadem obseruanda esse quæ in legatario simplici. Sic nimirum Angel. & Bauerius supradictis locis.

ERROR SEPTIMVS.

De executore qui sit etiam legatarius, aut qui executoris onus in eodem testamento agnouerit. Et cui similior sit executor simplex an tutori an legatario.

EGo

EGo verò illud primùm probare non possum quod ab omnibus probari modò diximus, in eo qui & executor & legatarius sit idem iuris constituendum esse quod in legatario simplici constitueretur, Nam quemadmodum dici solet duo vincula esse fortiora vno ad colligandum aliquid & constringendum, *l. pen. C. de adopt.* ita & duo impedimenta potentiora sunt quàm vnum ad prohibendum ne aliquid fiat. Atqui in executore qui legatarius quoque sit duplex ratio dubitandi subest ne videatur ad testimonium admittendus, Et quia executor, & quia legatarius est. Difficiliùs igitur admitti potest vt sit habilis ad ferendum in testamento testimonium: præsertim verò, quoniam qui executorem defendũt posse testem esse, mouentur ex eo potissimùm quòd alieni non proprij commodi causa in testem adhibeatur, sicuti suprà diximus: Quæ ratio euidenter cessat in eo, qui executor ita est vt sit etiam legatarius. Deinde vt maximè bona esset comparatio executoris simplicis & legatarij simplicis, iam ostendimus in præcedentibus legatarium olim quidem potuisse testem esse in testamento in scriptis, sed non in nuncupatiuo: Hodiè verò neque in testamẽto in scriptis testem esse posse, quia iuris successor esse potest *ex d. Nouell. 1. de hered. & falcid.* Consequens igitur est vt similiter executor testamentarius nec testis esse olim potuerit in testamento nuncupatiuo, nec hodie esse possit etiam in testamento in scriptis & sollenni, quia nec dubitandum est quin post supradictam Nouellam Iustiniani constitutionem executori liceat hereditatem vacantem adire postea quàm repudiari eam contigerit à cæteris omnibus quibus aliquid eo testamento relictum proponatur, cùm ad executores maximè spectet vt testatoris voluntatem executioni mandent & ad effectum perducant, quod vnum Iustiniano propositum fuit, in tam nouo, ne dicam absurdo iure constituendo, in quo alia certè ratio est executoris, alia tutoris qui nullo planè casu nullóque colore fieri vnquam heres potest, licèt ab omnibus cæteris in testamento nominatis hereditas omittatur. Manétque etiam hodie incorrecta *l. si nemo 9. D. de testam. tutel.* Sed neque verum est quod interpretes omnes supponunt pro vero, Si quando legatarius prohibeatur testis esse in testamento, non alia ratione id fieri, quàm quòd non sit ei permittendum vt reuocatam in dubium voluntatem testatoris ore suo probet ad suum proprium commodum, quæ ratio cessaret sanè in executore non legatario quem certum est non ad commodum aliquod sed ad merum onus inuitari. Nam licèt de voluntate testatoris aliunde constet tam apertè, vt dubitari nullomodo possit, quin legatum reliquerit qui in testem adhibitus fuit, Illa tamen ratio semper obstat legatario ne possit esse testis saltem in nuncupatiuo testamento, quod perinde verum sit adhibitum eum fuisse testem in causa propria, quod nunquam ferendum est, nec si onus & damnum potiùs ex suo testimonio quàm lucrum & commodum sensurus esse videatur. Idque nec obscurè nec dubiè probatur ex Papiniani responso *in dict. l. ex sententia*, vbi quamuis tractetur non de legatario sed de tutore qui se tutorem scripserat, nec falsò sed ex testatoris voluntate de qua constabat aliunde certissimè per propriam & indubitatam ipsius scripturam: negatur tamen posse illum ex eo testamento tutorem esse etiamsi maximè velit, sed cogendum nihilominus pati vt aliis tutoribus pupillo datis curator adiungatur, quantumuis ab eo munere obeundo velit se excusare. Quid enim est quod tutorem illum arceat à tutelâ? An

quia voluntatem teſtatoris dubiam ipſe fecerit ſcribendo ſe tutorem? Minimè. Tractat enim Papinianus caſum illum quo teſtatoris voluntas certiſſima ſit & indubitata. Et quamuis poſſit ipſe ſuſpectus videri tanquam qui ſe ingeſſerit, nihilomagis tamen ſuſpectam facit voluntatem teſtatoris quæ aliunde ſit indubitata, ideóque nec tanquam ſuſpectus remoueri poteſt, vt ſupradicto loco Papinianus cõcludit. Porrò quid intereſt, an quis ſe tutorem ſcribat in teſtamento in ſcriptis, an verò teſtem ſe faciat in teſtamento nuncupatiuo, vt ſe probet tutorem nũcupatum eſſe? quemadmodum pro Baldo ſuprà diſputabamus. Quòd ſi hæc in tutore non malè diſputantur, quidni etiam in executore locum habebunt? Nam & executores tutores appellari non eſt nouum vt ſeq. cap. dicemus ex Leonis Nouell. 68. Et quemadmodum tutorem eſſe honor quidem ſed onus eſt, ita & executorem eſſe. Amplius dico, meliorem hac parte condicionem eſſe tutoris quàm legatarij. Nã is qui ſe tutorem ſcripſit etſi tutor eſſe non poteſt, nec ſi de teſtatoris voluntate liquidò appareat, curator tamen dari & aliis tutoribus conſtitutis adiungi poteſt & debet *d. l. ex ſententia.* At legatarius, qui quoniam teſtis in teſtamento nuncupatiuo fuit, legatum conſequi nullo modo poteſt, nullo alio iure admitti poteſt ad legatum, ideóque nihil ei prodeſſe poteſt quòd aliunde certa ſit & explorata pro eo volũtas teſtatoris, niſi hactenus vt falſi pœna ei remittatur *l. 2. C. de his qui ſib. adſcrib.* Et in hoc quoque rectiùs comparari poteſt tutori executor quàm legatario: Qui enim vel executorem ſe ſcripſit in teſtamento in ſcriptis, vel teſtis fuit in teſtamento nuncupatiuo quo executor nuncupatus dicitur, etſi non poteſt executor eſſe, poteſt tamẽ ſi de voluntate teſtatoris indubitatè cõſtet, eã authoritatẽ retinere, vt nihil ſine ipſius conſilio cæteri executores facere debeant, vt qui executor eſſe nequit, ſaltem ſit conſiliarius executoris, ſicut & tutorũ conſiliarij aliquando fiunt *l. Titio & Mœuio 47. in princ. D. de admin. tutor.* At is qui legatarius eſſe nõ poteſt quia teſtis fuit, licet pro ſe habeat certiſſimam alioqui teſtatoris voluntatem, nõ ideò tamẽ aut fideicommiſſarius, aut tale quid aliud fieri poteſt per quod legati emolumẽtũ aliquod retineat. Concludamus igitur pro Baldo aduerſus receptiorẽ noſtrorum ſententiã, Executorem teſtamẽtarium in teſtamento nuncupatiuo teſtẽ eſſe non poſſe, Multò minùs verò ſi quod plerunq; fit, aliquid ei legatũ ſit quaſi in cõpenſationem & remunerationẽ ſuſcipiendi oneris, Aut ſi executor iniunctũ onus ſuſcepturũ ſe receperit coram teſtatore ac cæteris teſtibus. Hoc enim caſu neceſſe eſſet propriæ acceptationis teſtẽ eũ eſſe quod fieri certè nullomodo poteſt. Quòd ſi ambo hæc concurrant vt & executori legatũ aliquid ſit, & executor ſe onus ſuſcepturũ promiſerit, Tãtò maior ratio eſt vt teſtimonium eius reiiciatur, & conſequenter teſtamentum corruat tanquam ſollenni numero deſtitutum, quia credibile eſt contemplatione legati fuiſſe iniunctum ei ab eóque viciſſim agnitum onus executionis, atque ita quemadmodum ipſe promittendo ſe obligauit ne poſtea excuſationẽ vllã allegare poſſit etiã quã haberet iuſtiſſimã, ita & obligatũ videri teſtatorẽ ne legatũ adimere vnquã poſſit, etiãſi maximè velit. Vt actuũ correſpectiuorũ eadẽ ratio in vtriũq; euẽtũ cõſtituatur *arg. l. cùm te 6. C. de pact. int. emp. & vẽdit.* Hoc verò prorſus alienũ eſt à iure vltimæ volũtatis vt reuocari nũquã poſſit *l. ſi quis in principio 22. de leg. 3.* Sicut & illud, vt in teſtamẽto interueniat cõtractus qui vel teſtatorẽ obliget legatario, vel legatariũ aut aliũ quempiã teſtatori, quẽadmodũ in præcedẽtibus Decadibus à nobis

fuſiſſimè

fusissimè tractatum fuit. Non nego posse executorem præsentē esse, Quidni enim possit cùm is maximè voluntatem testatoris scire debeat, vt eam exequatur? Nec rursum nego posse illum dare fidem testatori & se obligare de subeundo executoris munere, Sed nego eum posse testem adhiberi, vt valeat testamentum nuncupatiuum, in quo non possit dici septem testes adfuisse si non computes huius personam quæ porrò vel ad totam voluntatem, vel ad nullam eius partem probandam computanda est, cùm actus testamenti sit indiuiduus, & testes singuli testificari debeant de toto tenore testamenti. Scio Paulum Castrensem *ad l. qui testamento 20. num. 6. D. qui testam. fac. poss.* ita existimare vt quamuis ad institutionem probandam septem testes requirantur, Ea tamen probata possint quinque testes sufficere ad probandum legatum in eodem testamento factum. Quia inquit, poterant sufficere à principio quinque testes ad relinquendum hoc legatum: Sicut in codicill. s reuocati posset coram quinque testibus vel ipso iure vel saltem ope exceptionis. Sed ea opinio euidenter falsa est. Nec enim minorem testium numerū exigit legatum quod in testamento relictum fuit, quàm institutio : Adeóque nec potest relinqui nisi in codicillis testamento confirmatis. Quorum singulare ius est vt omnia quæ in iis scripta sunt perinde habeantur, acsi in testamento scripta essent. Scilicet cùm vtraque voluntas sollennis est *l. 2. §. codicillorum l. illud 13. §. 1. D. de iur. codicill.* Nec eo minùs tamen verum est posse legatum coram quinque testibus reuocari, quia & nuda voluntate posset adimi saltem hactenus vt doli exceptio noceret legatario *l. 3. §. vlt. & l. 4. D. de adim. legat.* licèt in testamento sollenni relictum sit, & coram septem testibus.

ERROR OCTAVVS.

De muliere executrice testamentaria. Ad l. à filio 23. de alim. leg. l. pen. §. matri de adim. legat.

MVLIEREM posse executricem fieri testamentariam scribit Bartolus *ad l. à filio 23. D. de alim. legat.* & cum Bartolo sentiunt etiam cæteri qui nec Bartolo subtiliores fuerunt, nec ab eius opinionibus recedere propemodum fas sibi esse crediderunt, moti omnes ex eo, quod hoc ipsum apertè scriptum esse putant in *d. l. à filio*, vbi proponebatur quidam à filio herede instituto Seiæ decem reliquisse & alumno quadringenta his verbis *Mæuio infanti alumno meo quadringenta dari volo, quæ peto à te Seia suscipias & vsuras ei quincunces, in annum vsque vicesimum ætatis, eúmque suscipias & tuearis*. Sic enim nostri locum hunc accipiunt vt Seia in decem quidem sit legataria, sed in quadringentis alumno relictis sit executrix testamentaria. Quod tamen non ita est: Sequentia enim verba Scæuolę ostendunt, Esse Seiam in hac specie fideicommisso grauatam non executricem. Nam cùm quæreretur an Seia postquàm legatum suum acceperat si nollet pecuniam alumno relictam suscipere, vel in suscipienda ea cessaret onus alimentorum ex die mortis testatoris, compellenda esset agnoscere. Respondet Scæuola secundum ea quæ proponerentur compellendam præstare, *cùm* inquit, *fideicommissum sit*. Nam cùm Seia legatum percepisset, potuerat haud dubiè grauari fideicommisso, vt & alius legatarius quilibet *Iust. De singulis rebus per fideicommissum relict. in princip. leg.*

Imperator.70.§.si centum de legat.2. Et idcircò subiungit Scęuola non modò Seium, sed ipsius quoque heredem in annos vsque viginti eadem alimenta prę-stare alumno debere. Quod vtique dici non posset si Seia non nisi executrix testamentaria fuisse proponeretur. Nec enim executoris officium transit ad heredem, vt nec tutoris, cùm sit electa fides & industria personæ *l.tutela 16.§. 1.D.de tutel.l.cuius bonis 9.D.de curat.furios.* Sed legatorum & fideicommissorum onera transeunt, vt & alia omnia quæ rei cohærent non personæ. *l. cùm vnus 10.in princip.l.alimenta 16.in p. fin.De alim.& cibar. legat.* Quamquam & in hoc plerique ex interpretibus contra nos sentiunt, qui executoris quoque officium ad heredem transire putant, iure cuiusdam obligationis vt dicere solebat Dynus quem supradicto loco Bartolus refert, nec tamen probat, nisi eo solo casu quo illa obligatio qua tenebatur defunctus, continebat onus bursale non personale. Quasi verò possit officium executoris nudi hoc est qui non sit etiam legatarius aut fideicommissarius adnexum habere onus bursale, quod sanè probari nullo iuris loco possit. Pecuniarium enim commodum esse oportet quod quis ex testamento sentiat, vt eodem testamento grauari per fideicommissum possit, Nec sufficit, honorem sine commodo delatum esse: Alioqui dicendum erit, Tutorem quoque fideicommisso grauari posse, quod nemo vnquam dixit. Adfert etiam Bartolus aliud respōsum Scæuolæ *in l.filio pen.§.matri de adim.legat.* vbi cùm quidam matri suæ heredi ex parte institutæ, quatuor prædia legasset, ejúsque fideicommisisset, vt ex his duo socero restitueret, deinde codicillis socero fideicommissum ademisset, ac quæreretur an ea prædia nihilominùs, ex prælegato ad matrem pertinerent, Respondit Scæuola nihil proponi cur pertinerent: Cuius responsi sanè mirabilis cùm aliam rationem excogitare interpretes non possent, dixerunt matrem in ea specie non tam legatariam fuisse, quàm electam vt ministram, id est vt iidem illi interpretantur executricem, penes quam proinde non debuerit remanere fideicommissum quod ei non fuerat datum nisi propter fideicommissariam, & subinde fideicommissario ademptum: Ex eóque nimirum inferunt, Etiam mulierem executricem testamentariam esse posse. Sed quid apertiùs quàm videre, In illa specie matrē fuisse legatariam? cùm Scæuola disertè scribat in hæc verba: *matri suæ heredi ex parte institutæ quatuor prædia legauit.* Cùm igitur dici non possit fuisse matrem nudam ministram, multò minùs executricem, consequens est vt alia eius loci non tam ratio, quàm sententia quærenda sit, eáque emendatio admittenda quam nos attulimus *lib.3. Conect.cap.16.* vbi pluribus ostendimus mendum esse in recepta lectione, & addita negatione legendum *cur non pertinerent.* De quo quia illic plura scripsimus, frustrà esset hic alia scribere: Sufficiat monuisse neq; ex illo neq; ex alio vllo iuris loco probari potuisse quod Bartolus probare voluit, Mulierem executricē testamētariā esse posse: Quo præsuppositō sequitur totam quæstionē hāc ex mera soláque ratione iuris decidendam esse. Porrò manifesta est ratio iuris, Officium executoris nō minùs virile esse quàm tutoris aut curatoris, ab eóq; idcirco arceri mulierē vt à cæteris omnibus officiis virilibus debere *vulg.l.fœmina 2.De regul.iur.* vbi quod Bartolus notat esse hoc officiū priuatū non modò vtilitate, sed etiā authoritate, nō facit vt eo minùs sit virile, Cùm magno & præcipuo quodam animi vigore opus sit, quotics executio aliqua faciēda est siue sentētiæ siue vltimæ volūtatis. Vnde est quod ait *l.si longis 7.C.de exec.rei iudic.* per iudicati executorē perduci ad effectū vigorē rei iudicatæ. Eóq; respiciētes etiā summi Pōtifices voluerūt vt exequēdarum

vltimarũ volũtatũ cura ad Epiſcopos pertineat, ſi vel alij executores nulli in teſtamento creati ſint, vel qui creati ſunt negligentes ſe præbeant in exequẽda defuncti voluntate, quales tum demum eſſe videntur, cùm intra annum eam executioni non mandarunt. *cap. fin. de teſtam. in 6.* Quid verò abſurdius, quàm mulierem admittere ad id muneris obeundum, quod ſi non Epiſcopi proprium, ſaltem Epiſcopi cura & authoritate dignũ exiſtimetur? Aut quid ſtultius, quàm Epiſcopum facere ſuccedaneum ac veluti ſuccenturiatum, & vt ita dixerim vicarium mulieris ad ſupplendam muliebrem negligentiam? Fateor poſſe mulierem ita fieri legatariam, vt tamẽ effectu ipſo ſit nuda miniſtra, & velut interpoſita perſona per quã poſſit res legata ad aliũ puta fidei cõmiſſariũ peruenire vt *in l. ſi quis Titio 17. de leg. 2.* aut vt ſit legati diſpenſatrix inter plures ad legati cõmodũ inuitatos, vt *in l. ab omnib. 107. de legat. 1.* Sed nõ ęquè admittã poſſe illã fieri executricẽ teſtamẽti. Maius. n. & digni' id quidẽ eſt, quàm vt in muliebris ſexus lubricũ, infirmitatẽ, & imperitiã cadere poſſit.

ERROR NONVS.

De ſimilitudine executorum teſtamentariorum cum tutoribus, Et de Bartoli diſtinctione ad l. fœminæ De reg. iur.

LIVSQVE rei non leue argumentum illud videtur, quod huiuſmodi executores teſtamentorum, ex quo cœperunt in vſu eſſe (fuerũt enim vt ſuperioris capitis initio ſcripſimus toti veteri Iuriſprudẽtiæ incogniti) cœperunt etiam tutores dici, Adeò vt ob eam cauſam dubitari quoque cœperit an monachis quibus interdictum eſt ne tutelę officio fungi poſſint, liceat executores fieri teſtamentorum, Quoaduſque ſupradicta Leonis Nouell. 68. deciſum illud eſt ſancitúmque vt ab hoc tutelæ genere monachos prohiberi non oporteat, ob euidentem diſſimilitudinis rationem, quòd alia vetæ tutelæ ſpecies impedimento ſit, ne monachus diuinis vacare poſſit, non etiam poſterior, quæ monachos potiùs decet: Quòd ſi tantoperè diſtaret officium executoris teſtamentarij à tutore pupillari, quãtopere diſtare neceſſe eſſet, ſi mulier quæ ad extranei pupilli tutelam nunquam niſi ex ſpeciali beneficio & reſcripto Principis admittitur, tam facilè fieri poſſet, executrix teſtamentaria, quid attinebat obſecro de hoc dubitare An monachi poſſent eſſe executores, cauſamq; dubitandi ex eo ſumere quòd pupillares tutores eſſe non poſſint? Aut quónam colore cœpiſſent executores teſtamentarij dici tutores, ſi eorum officium cum officio veri tutoris nulla ſocietate coniungeretur? Nec eſt quod quis obiiciat ex ea Leonis Nouella potiùs probari: Non eſſe bonam conſecutionem ſi inferatur, Mulierẽ ideò non poſſe executricem eſſe teſtamẽtariam, quòd tutrix eſſe non poſſit, Cùm in monachis vtrũque verum eſſe placeat, vt & tutores eſſe nequeãt, & nihilominùs executores eſſe poſſint. Nã reſpõdebo, In monachis ita ius eſſe, & quia ſic cõſtitutũ eſt à Leone, & quia ſic cõſtituẽdũ fuit ob euidẽtẽ illã diuerſitatis rationẽ quę ponitur in Nouella. At in mulieribus neq; tale quicquã cõſtitutũ fuiſſe neq; cõſtitui debuiſſe. Cùm eadẽ ratio illas arceat ab vtroq; munere vt nõ magis executrices teſtamẽtorũ, quàm tutrices eſſe poſſint, quia vtrũq; officiũ virile eſt, vel hoc ipſo, quòd vtrũq; eſt ciuile. Siquidẽ iuris ciuilis dignitas nõ patitur, vt ad officiũ vllũ ciuile admittãtur fœminę *d. l. 2. de regul. iur.* Sicut nec olim comitiorũ ius habuerũt, Adeò vt ob eã causã nec teſtes in teſtamento adhiberi poſſint, Retento ſc. eo iure ex prima teſtamẽtorũ origine,

quòd antiquis illis temporibus testamenta vix aliter quàm calatis comitiis fieri solerent *l. qui testamento* 20. *§. mulier D. qui testam. facer. poss.* Gell. *lib.* 5. *cap.* 16. Quomodo igitur testamentorum executrices esse poterunt? Nam officium illud non tantùm virile, sed etiam ciuile esse ex eo quoque constat quod nec interpretes ipsi diffitentur seruos ad eiusmodi officium admitti non posse. Sic enim Bald. *ad l. id quod pauperibus* C. *de episcop. & cleric.* quamuis capaces sint serui eorum omnium quæ in facto magis quàm in iure consistunt *l. qui heredi* 44. *De condic. & demonstr. l. pen. D. de capit. minut.* Nimirum quia nullam iuris ciuilis communionem habent, adeóque nec prætorij *d. l. qui testamento §. seruus*, Authoritas verò illa exequendi, vt Baldus appellat, quin iuris sit negari vtique non potest, nec rursum quin sit officium ciuile, ideóque in seruum cadere nullomodo potest. *l. illa verba* 68. *De verb. signific.* Itaque non est admittenda distinctio illa Bartoli *ad d. l. fœminæ in fin.* vt mulier non possit quidem executrix esse ad tractandas lites, sed possit tamen esse ad tractanda negotia. Non enim minùs inepta est & inhabilis mulier ad tractanda negotia quàm ad tractandas lites, quoties tractanda sunt ex officio aliquo quod ciuile sit, & consequenter virile, Ne alioqui paullatim dici incipiat, Etiam mulieri permittendum vt tutrix esse possit ad omnes res pupillares tractandas præterquàm ad lites, quod plane stultum esset. Aut enim neutrum mulieri permittendum est, aut vtrumque si quo casu tutrix esse possit. Nec rursus erat cur Bartolus quasi supradicta distinctione minùs quàm par erat fœminis indulsisset, subiiceret, licet dubitanter, generaliorem propositionem, Fauore testamentorum recipi debuisse vt fœminæ executrices esse possent. Nam imò verò fauor testamentorum exigit potiùs, vt ab eo quoque officio fœminæ arceantur, vt maiore diligentia, industria, fide, ac authoritate voluntates defunctorum executioni mandentur, quàm per muliebrem sexum fieri & præstari possit. Neque felicior, licèt audacior Bald. *ad d. l. id quod pauperibus num.* 4. vbi contendit posse mulierem esse executricem etiam ad iudicia, Saltem quod pertinet ad pias causas, vt quod fauori testamentorum tribuere non potuit, tribueret fauori piæ causæ. Ratio enim quam adfert quòd mulier facta executrix possit habere actionem aut implorare officium iudicis proprio nomine, Leges autem quæ repellunt fœminas à limine iudiciorum, ad eum casum restringi debeant, quo velit fœmina nomine alieno agere non suo ex *l. alienam* 18. *C. de procurat.* præter id quod tam generalis est vt si vera esset, restringi ad pias causas non posset, falsa etiam est, aut saltem malè accommodata. Primùm quia supponit hoc ipsum quod in quæstione est, & quod nos negamus, Mulierem executricé esse posse, Siquidem prius est vt executor quis sit quàm vt eo iure executoris possit vel suo nomine agere, vel iudicis officium implorare: Nec quemadmodum quisquis executor est ius illud habet: Ita è conuerso possis dicere omnem qui suo nomine vel agere vel iudicis officium implorare possit executorem quoque esse posse: Illud enim præterea, & ante omnia requiritur vt ciuile officium exercere possit, quod de fœmina dici nequit: Alioqui etiam seruus executor esse posset, quia plerisque ex causis habet etiam suo nomine aditum ad prætorē, vt eius officium suo nomine implorare possit *l. vix certus ex causis* 53. *D. de iudic. l. mulier* 22. *§ non est dubitatum D. ad SC. Treb.* Deinde, quia quod dicimus permitti mulieribus, vt actiones exerceant quas suo nomine habēt, de iis actionibus intelligi debet quas illæ in rem suam & ad proprium cōmodū exerceāt,

non

Digitized by Google

non in rem alienam & ad commodum alienum: Nam ſicuti alieno officio fungi non dicitur qui alienam actionē ſibi mandatā exercet ſuo cōmodo *l. qui ſtipendia 9. C. de procurat.* Ita nec è cōtrario actionem ſuam vel ſuo nomine exercere qui exercet in rem & vtilitatem alienam: quod tamen facit quiſquis executor eſt teſtamenti. Agit enim tractátque rem alienam is cuius officium non aliud eſt quàm vt iuſtam defuncti hominis voluntatem in alias perſonas collatā exequatur, curétque quantum poteſt vt effectum ſortiatur, cuius commodū non ipſe ſenſurus ſit, ſed alij qui teſtatoris liberalitatē meruerunt.

ERROR DECIMVS.

De muliere quæ facta executrix teſtamentaria conuolauit ad ſecunda vota.

MIRABILIVS eſt quod idem Bartolus ſcribit ad *d. l. à filio 15. D. de aliment. & cibar. legat.* Mulierem quæ facta executrix teſtamentaria conuolauerit ad ſecunda vota, non ideò amittere ius & authoritatem exequendi, Quamuis amitteret tutelam ſi tutrix facta proponeretur. Ita namque fit ſecundum opinionem Bartoli vt plus iuris habeat mulier executrix teſtamentaria quàm quæ tutrix eſt: Cùm tamen nulla lege permiſſum ſit mulieri ſuſcipere executionem teſtamenti. Permiſſum verò ſit à Iuſtiniano ſuſcipere tutelam filiorum ſi mater ſit, aut nepotum ſi auia *Tit. C. quand. mul. tutel. offic. fung. peſſ.* & Nouell. 22. *de nupt.* Bartolum illud mouit quòd ius iſtud exequendi teſtamenta difficiliùs amittatur, quàm tutela, Siue quòd permittatur mulieri iure ordinario, tutela verò non niſi ex priuilegio cuius amiſſio facilior eſſe ſolet, Siue quòd tutela in iure magis quàm in facto conſiſtat, Executio autem teſtamenti in facto potiùs quàm in iure. Sunt enim hæ duæ rationes quas pro tuēdo Bartolo adducere quis poſſit, licèt ipſe non adducat. Adfert tamen ad ſententiæ ſuæ confirmationem, quod ſcriptum eſt in *l. cùm pater 77. §. hereditatem filius de legat. 2. & in l. ex facto 17. §. ex facto D. ad* SC. *Trebell.* eligendi facultatem teſtamento alicui datam qui poſtea in inſulam deportatus ſit, pœna non eſſe perēptā. Quaſi executor teſtamentarius ille ſit cui teſtator eligendi facultatem dedit, vtri ex pluribus fideicommiſſum præſtare mallet. In quo rurſus euidēter fallitur. Etſi enim qui ex pluribus ad fideicommiſſum inuitatis aliquem eligit pro data ſibi à teſtatore ita faciendi facultate, voluntatem teſtatoris hac parte exequitur, Non ideò tamen executor teſtamentarius dici poteſt, eo ſenſu quo nunc de executoribus tractamus, Niſi fortè illos quoque executores omnes dicere volumus qui ſatisfaciunt voluntati teſtatoris ſiue heredes ſint ſiue legatarij qui fideicōmiſſū ſibi iniūctū præſtent, aut in qua alia re impleāt defuncti volūtatē, Quod planè fuerit perabſurdū. Qui enim facit quod teſtator fieri præcepit, facit tātùm id quod facere debet, nec tā vt teſtatoris volūtatē totúmque ipsū teſtamētū exequatur, quàm vt volūtati pareat ipſe in eo quod ſibi iniunctū eſt à teſtatore, & vt fidē ſuā exſoluēdo liberet ſe ab onere fideicōmiſſi. Deniq; qui eligit, facit vel tāquā heres, vel tāquā legatarius, vel tāquā fideicōmiſſarius oneratus fideicōmiſſo, nō tāquā executor teſtamenti. Proinde dicimus electionē illā eſſe meri facti, quia eſt meræ volūtatis, & idcirco eligēdi facultatē nō intercidere per deportationē, quia deportatio non auffert volūtatem, nec adimit ea quæ ſunt facti *d. l. pen. De capit. minut.* ſed illa tantùm quę ſunt iuris, & quidē ciuilis, quoniá ciuitatē tātùm auffert nō liber-

tatem *l. vlt. eod.* At executorem esse & ius habere cogendi heredis aut legatarij aut fideicõmissarij vt testatoris voluntatẽ impleat, iuris sanè est non facti siue per actionẽ siue per imploratũ iudicis officiũ ius illud exerceatur licèt executio ipsa siue per executorem, siue per heredẽ aut alium fiat, facti sit non iuris. Vnde etiam est quod executoris officium dicimus, eius verò qui elegit vt eligere debuit, non tam officiũ quàm debitũ. Itẽ quòd non quemadmodũ executori à testatore nominato liberũ est vt iniunctũ siue onus siue honorẽ veris dicere, vel suscipiat, vel recuset: Ita dici possit permissum esse heredi, vel legatario, vel fideicõmissario qui aliquem eligere iussus est, vt neminem eligendo se liberet, eximátque ab onere fideicommissi. Nam si neminem elegerit, non eo minùs tenetur vt ipse vel ipsius heres fideicõmissum præstare debeat omnibus qui eligi potuerũt *l. vnum ex familia 67. §. rogo. de legat. 2.* quãuis non tã ex testatoris voluntate id fieri videatur, quàm in pœnam eius, qui cùm posset, ac deberet noluit parêre voluntati, Ne alioqui in ipsius potestate fuerit neminem eligendo fideicõmissum illusoriũ facere & inane, quemadmodũ scripsimus Decade 52. Malè igitur Bartolus & qui eũ sequuntur interpretes probant ex supradictis legibus, quæ de eligendi facultate alicui data loquũtur Executoris officiũ quasi in facto magis quàm in iure cõsistat nõ perimi per irrogatam pœnam, siue deportationis illa sit, siue alia. Quomodo enim agere aut conueniri ex testamento executor posset post deportationem, cum deportatus nullã iuris ciuilis cõmunionem habeat, Actiones autem omnes itémq. testamenta sint merè iuris ciuilis? Alioqui perinde inferres etiã seruũ executorem testamento fieri posse, cùm capax sit eorũ omniũ quæ in facto magis quàm in iure consistunt. Quod tamen nos superiore capite ex ipso etiã Baldo negauimus dici posse. Sed etsi bona esset comparatio executoris testamentarij & eius, qui vnũ ex pluribus eligere iussus est à testatore, Separãda tamen esset hac parte pœna deportationis ab illa quã meretur patitúrq. mulier quę ad secũda vota conuolauit. Ideò nãq. pœna deportationis facultatem eligendi nõ adimit, quoniam voluit testator pendere electionem ex mera grauati volũtate, quæ haud dubiè nõ intercidit per deportationem, sed eadem manet. At pœna quæ propter secũdas nuptias parẽti irrogatur, vt cætera cõmoda omnia quæ ex prioris cõiugis liberalitate prouenerũt, eripit superstiti: Ita nec eligẽdi facultatem vllã ei saluã relinquit, vt possit pro arbitrio quem velit etiã ex ipsis liberis eligere *Nouell. 2. de non elig. secund. nub. mulier. & Nouell. 22. de nupt. cap. 25.* vnde sumpta est *Auth. lucrũhec C. de sec. nupt.* Nẽpe quòd vt Iustinianus ait liberis omnib⁹ æqualis per secũdas nuptias facta sit iniuria. Nec tãtũ liberis, sed etiá marito quẽ honor benè transacti matrimonij, fides etiá cõmunium liberorũ permouerat vt matri de qua meliùs præsumpserat, electionem daret *arg. d.l. vnũex familia 67. §. vlt. de legat. 2.* Neq. enim quicquá referre arbitror an superstes mulier facultatem illã eligendi quem vellet ex liberis, quã habent matres omnes quæ ad secũda vota nõ cõuolãt habuerit ex mariti prædefũcti expressa volũtate, an ex legis dispositione: cùm vtroq. casu perinde decipiatur pater qui meliùs de matre præsumpserat. Eãdem igitur ratione dicendum est, Si suppositio errore interpretum fingas vxorem factã executricem testamentariam à marito, eámque nõdum mãdato executioni testamento secundas cõtraxisse nuptias, Nõ esse amplius mulieri permittendum, vt executricis officio fungatur, cùm eius fides quæ maritum prouocauerat, vt executionis officium ei demandaret, suspecta esse cœperit

cœperit ex quo die maluit illa nouum maritum quærere, quàm in priore matrimonio perstare. A quo tempore credibile est nihil nō factum ā illā vt liberos prioris matrimonij spoliet, quos etiā libenter si posset excoriaret pro viro vt Bart. loquitur *in Auth. matri & auiæ num. xi. C. quand. mul. tut. offic. fung. potest.* Inde si quidem est, quòd etiāsi testamentaria tutrix proponatur, ipso tamen iure tutrix esse desinit, statim atque ad alia vota cōuolauit: Ita vt nec in agnatorum, & cognatorum, nec in ipsius quoque magistratꝰ potestate sit facere vt tutrix maneat illa quæ secundum virum experta est. Neq. minùs hodie quàm olim, tametsi vetus illud sacramentum quod olim præstabat mulier renuncians secundis nuptiis, & Velleiano abrogatum hodie sit, & in vsu esse desierit quod pertinet ad secundas nuptias *Auth. sacramētum eod. tit.* Semper enim hoc remansit ex iure vetere, vt quemadmodum tutela virile officium est, ita nō possit ad illud admitti fœmina, Nisi vel ex rescripto Principis *vt in l. vlt. D. de tutel.* aut eo solo casu quo Iustinianus id permisit, hoc est cùm mater vel auia tutrix esse vult & quandiu secundis abstinet nuptiis. Sic enim & odio matris binubæ & fauore liberorum cōstitutum est, & cōstitui æquissimum fuit. Quòd si mater, quā cōstat tutricem esse posse, nec tantùm testamentariā, sed etiā legitimā, desinit esse tutrix cùm ad secundas nuptias cōuolat, Quantò certius est desinere illā executricem esse, aut vt meliùs dicā, non posse executricis officio fungi ex quo die alium maritum quæsiit. Hoc ipsum nāque in quæstione & cōtrouersia est, An possit illa esse executrix, tùn quoque cùm à secundis nuptiis abstinet Itaq. vt citiùs absoluamus, fateamur ridiculam esse Bartoli quæstionem, quæ supponit pro vero quod falsissimum est, Mulierem executricem testamentariam esse posse.

ANTONII FABRI
IC. SEBVSIANI SE-NATORIS SABAVDIEN-SIS, ET IN GEBENNENSIS DVCATVS AVDITORIO PRAESIDIS,
DE ERROR. PRAGMAT. ET INTERPR. IVR.
DECAS LXVII.

ERROR PRIMVS.

De testamento nuncupatiuo probato per solam notarij scripturam publicam.

QVAMQVAM testamētorū omniū nūcupatiuorū forma illa iure prescripta est, vt & testator voce propria heredē nūcupare legatáq. & fideicōmissa omnia quæ relinquit exprimere debeat, & volūtatem

illam vniuersam propria testatoris voce expressam, per septem testiũ in eandem rem adhibitorum & rogatorum voces ac testationes probari oporteat: Longè tamen alius hodie vsus est eorum testamentorum, quę magis frequẽtantur, licèt nuncupatiua passim appellentur. Qui enim testari in scriptis velint, pauci reperiuntur propter periculum quod subesse vidẽt, ne quid ex sollennibus prætermittatur. Proinde cùm testamentorum diuisio summa ea sit vt vel in scriptis fiant, vel per nuncupationem, necesse est vt quisquis testari in scriptis vel non vult, vel nescit, vel non potest, aliud testamenti genus necessario eligat, quod dicitur per nuncupationem. Cuius tamen electio, certè multò periculosior est, non propter sollennitatum in eo seruandarum multitudinem (sunt enim longè pauciores, quamuis non prorsus nullæ *l. in testamentis 26. C. de testam.*) Sed quia voluntatis probatio & sollennitatis tota pẽdet ex lubrico fidei testium, ex quibus si vel vnum mori contingeret ante testatam defuncti voluntatem, aut aliter quàm testes cæteri de volũtate illa testimonium ferre, testamentum totum intercidere necesse esset. Parum enim est quod septem testes adfuerint si non etiam illud concurrat, vt omnes in testificatione ac probatione voluntatis cõsentiant, Ita vt nihil prosit maiorem testium partem consentire si vel vnus ex septem dissentiat, adeóque non cõsentiat. Nam sicuti sufficit sollennem numerum exaudire vt scriptum est *in l. heredes palam 21. D. qui testam facer. poss.* ita non minorem quàm sollennem numerum exaudire necesse est vt subsistat testamentum. Quidni verò? cùm etiam in testamẽto in scriptis placeat Bartolo cæterisque vulgò interpretibus, *ad tit. D. testam. quemadm. aper.* Si vel vnus desit ex testibus & signatoribus qui siue morte præuentus, siue quo alio casu signum suum & subscriptionem recognoscere non possit, corruere testamentum, nec sufficere vt ab aliis siue contestibus, siue quantumlibet fide dignis personis extrinsecus assumptis ea recognitio fiat. Quamquam non nego hanc Bartoli sententiam à ratione iuris abhorrere vt sequenti capite dicemus. Sed in testamẽto nũcupatiuo non perinde dubitari potest quin verissimum sit, quod volumus, septem testium consentientium vocibus omnimodo probandum esse totum quantum illud est, quod testator voce sua expresserit. Hinc nimirum illud est quod vt testatoribus aduersus periculum quod ex morte vel perfidia testium imminebat, succurreretur, interpretes induxerunt nouum testamenti nuncupatiui genus omnium quæ hodie frequentantur frequentissimum, longáque consuetudine vbique gentium receptum, vt nostri tractant *ad l. vlt. C. de fideic.* quo testator non tantùm septem testibus conuocatis, sed adhibito etiam notario voluntatem suam declarat, propria quidẽ voce quod ad heredis institutionem attinet, sed quod ad cætera per lectionem scripturæ, quæ à notario primùm conscribitur, etiã priùs quàm testes cõuocẽtur, tùm posteaquàm cõscripta, & in mundum redacta est, testatori simul ac testibus publicè legitur à notario, qui postmodũ adhibita & sua & testiũ omniũ qui literas norũt subscriptione testamentum redigit in formam instrumenti publici: Vt eo facto neque voluntas testatoris, neq; testamenti sollennitas in dubium reuocari possit citra sollẽnem falsi accusationem, aduersus notarium instituendam si superstes sit, Sin iã defunctus, aduersus instrumentum ipsum siue plus, siue minus scriptura contineri dicatur, quàm testator protulerit. Quo remedio negari non potest, quin multis probationum difficultatibus & periculis obuiam eatur, cùm hac in re, vt in cæteris omnibus expeditior tutiórq; semper sit probatio,

quæ

quæ fit per inſtrumentum publicum, quàm quæ per teſtes *l. teſtium facilitatem 17. C. de teſtibus.* quia ex publico inſtrumento duæ oriuntur præſumptiones ſcilicet veritatis & ſollennitatis in eo deſcriptę, vel ex eo præſumptæ, inquit Baldus, *ad leg. 1. numero 15. C. de teſtament.* licèt cùm idonea & ſufficiens probatio per teſtes facta eſt, non minùs illa virium, & authoritatis habeat, quàm ſi per inſtrumentum facta eſſet *l. in exercendis 15. C. de probat.* Sed tamen ne hanc ego nouam totíque veteri Iuriſprudentiæ incognitam teſtandi rationem probare poſſim, multa impediunt, Nec illud tãtùm quod ab omnium prudentum noſtrorum ſenſu & mente abhorret, quamquam in re tanti momenti, primum hoc & maximum quiddam eſt, Sed eæ potiſſimùm rationes quibus motos fuiſſe magnos illos viros credibile eſt, ne in tanta condendorũ teſtamentorum varietate, quanta fuit à primis illis ſeculis promulgatę legis 12. tab. ad Iuſtiniani vſque tempora hoc teſtandi genus vel obſeruare, vel inducere potuerint: Nimirũ quia cùm in actibus quidẽ humanis omnibus, ſed potiſſimùm in teſtamentis sẽper visũ ſit maximè periculosũ ne falſitas cõmitteretur, propterea quòd de teſtamẽtorũ fide ac veritate nõ priùs diſputari ſolet, quàm deceſſerit is qui teſtatus fuiſſe dicitur, & qui proinde volũtatẽ ſuam aut teſtari aut declarare amplius nõ poteſt, Nihil maiori curæ fuit legiſlatori ciuili, quàm vt in teſtamẽtis ordinãdis eas curaret adhiberi ſollẽnitates, quæ non ſolùm falſi cõminiſcẽdi rationẽ omnẽ, ſed etiã ſuſpicionẽ impedirent. Inter quas illa præcipua & cõſtans ſemper fuit vt maior & ſolliẽnior teſtiũ numerus in teſtamento, quàm in alio vllo actu adhiberetur: Nec tantùm maior numerus, ſed etiã quod præcipuũ eſt, earũ perſonarum quarum fides & teſtatio minùs ſuſpecta videri poſſet, ita vt neque impuberes, neque fœminæ in eã rem teſtes eſſe poſſint, nõ magis quàm peregrini, aut qui aliàs omnino ſunt inteſtabiles, Adeò vt neque caſus ille exceptus ſit, qui tamen omnium maximè excipiendus videbatur, quo tot teſtiũ haberi copia nullomodo poſſet *l. conficiuntur 8. §. 1. D. de iur. codicill.* Niſi cùm vel à ruſtico teſtamentũ fit ruri, poſt *l. vl. C. de teſt.* vel tẽpore peſtis; quo tamẽ caſu nec rogandorũ teſtiũ neceſſitas remiſſa eſt *l. caſus 8. eod. tit.* Atqui ſecundum eam obſeruationẽ, qua hodie vtimur, nihil facilius eſt quàm vt falſum in teſtamento committatur. Nec enim teſtatores illi ſunt qui hodie teſtantur, ſed notarij qui vix ſemel allocuti teſtatorẽ in lecto iacentem, ſeminecem & balbutientem, teſtamentũ ſoli conſcribunt, nõ modò remotis teſtibus, ſed plerũque etiã abſente ipſo teſtatore, à quo ſaltẽ dictari teſtamẽtũ oporteret, ne dubitari poſſet quin ex eius voluntate ſcriptũ eſſet, quicquid à notario ſcriptũ poſteà legeretur. Tùm cõuocatis teſtibus teſtamentũ à notario legitur, tacente vt plurimùm teſtatore, aut ſi os quandoque aperiat, nihil niſi nomen heredis declarante, Quaſi cętera omnia quæ teſtamenti ſcriptura continentur, vt legata fideicõmiſſa, tutelæ, non æquè debeant exprimi voce propria teſtatoris per nuncupationẽ teſtantis. Ita fit vt ea plerumque ſcribantur, & ſcripta legantur à notario quæ non tantùm an ſcripta, ſed etiã vtrũ dicta lectáque ſint nemo ex teſtibus ſciat ſi de eo poſteà interrogentur, in ipſo etiam inſtanti lecti iam publicatíque teſtamenti, præſertim verò, ſi quod perſæpe fit ruſtici & imperiti teſtes vocati proponantur, Quibus ſollenne eſt, tùm quoque cùm iurati & per iudicẽ interrogantur de tenore teſtamẽti, vt nihil aliud reſpondere velint, niſi quod ad notarij ſcripturã referũt omniã, Veriti ne ſi plus minúſve aliquid à teſtatore prolatum dicant, quàm

à notario ſcriptum inueniatur, falſi ſuſpicionem inducant, quæ ipſos ſingulos magis quàm notarium oneret, & quæ ſollennis accuſationis materiam præbere poſſit, aut aduerſus eos, aut aduerſus notarium inſtituendæ, quam ſine capitis periculo videant tractari & expediri non poſſe. Neque verò, qui ad teſtamenti nuncupatiui ſollennitatem, & vt vocãt publicationem adhibentur, ad aliud ſe adhibitos putant, quàm vt videant, audiántque notarium dicentem lectum à ſe publicatúmque teſtatoris præſentis, ſed tacentis teſtamentũ. Nihil minùs curantes, aut cogitantes, quàm quid notarius legat, dummodò id teſtamentum eſſe dicat. Diceres agi de nuncupatiuo cęci teſtamento in quo tale aliquid pro forma conſtitutum eſt à Iuſtino *in l. hac conſultiſſima 8. C. qui teſtam. fac. poſſ. verſ. at cùm humana fragilitas*, quæ tamen ex ſolis cæcis hanc per nuncupationem teſtandi viam aperit, antea & in id vſque tempus inauditam, & multas alias exigit ſollennitates, quæ à notariis noſtri temporis non adhibentur. Ex quo euenit vt eo ſaltem caſu quo neque teſtatoris, neque teſtium literas fortaſſe neſcientium ſubſcriptiones vllę interuenerint, quas in nuncupatiuo cæci teſtamento Iuſtinus omnino requirit *in d. l. hac conſultiſſima*. adhibito etiam tabulario vel octauo teſte, ne quid falſi committatur, ſit in arbitrio & poteſtate notarij quicquid velit ſcripturæ ſuæ vel addere vel detrahere impunè, Cùm ſciat fieri non poſſe moribus noſtris, vt de falſo quæratur citra ſollennem accuſationem. Nec rurſum vt tã facilis quiſquam ſit ad eam accuſationem inſtituendam quæ talionis pœnæ ſit obnoxia, cuius metu vel audaciſſimus quiſque & veritatis certiſſimus, niſi certiſſimas quoque probationes habeat à ſubeundo tãto periculo deterreatur. Denique quoties teſtamentum nuncupatiuum hodie profertur ſcriptum & in publicam vt aiunt formam redactum à notario, nulla de dicto, ſola de ſcripto ſupereſt quæſtio, perinde acſi res eſſet de contractu quem inter viuos initum præſentibus teſtibus idem notarius excepiſſet, nulla alia differentia niſi quod ad teſtium numerum attinet. Nam quod ad ipſam heredis nuncupationem, quæ cùm ſit caput & fundamentum teſtamenti, ipſa ſaltem propria voce teſtatoris fieri deberet, iam ferè in vſu eſſe deſiit nõ ſolùm vt ita fiat, ſed etiam vt ita factam eſſe ſcribatur, Cõtentis notariis pleriſque ſcribere nominatum fuiſſe heredem à teſtatore. Quomodo enim, inquiunt, nominatus eſſe poſſet niſi ore ac voce teſtatoris? Quod ſi ita eſt æquè probari poterit etiam legatarios & fideicommiſſarios omnes propria teſtatoris voce nominatos eſſe. Nam & ſimiliter notarij ſcribunt teſtatorem legata & fideicõmiſſa reliquiſſe. Quomodo autem relinquere potuit ſine ſcripto, quin voce ſua id expreſſerit? Et tamen frequentiſſimo rerum vſu cõpertum eſt, tacere teſtatores ſolere cùm notarij legunt ea quæ ad legatorum & fideicõmiſſorum fidem pertinent, víxque incipere loqui cùm ad heredis nuncupationem deuentum eſt. Illud ergo ſaltem vel ex vetere ipſorum notariorum more retineri oporteret, vt in omni teſtamento nuncupatiuo ſcriberetur Nuncupatum fuiſſe heredem à teſtatore non tantùm ore proprio, ſed etiam quod addi ſolebat, alta & intelligibili voce, ne dubitari poſſet quin ita res geſta, & à teſtib. omnibus ea vox intellecta fuiſſet. De quo tamẽ hodie tã frequenter, támque probabiliter diſputatur, vt interdum etiam facti quæſtio incidat, An teſtamentum conditum, aut vt verius dicam, lectum ſit eo tempore quo adhuc loqui poterat teſtator, an quo iam per morbi grauitatem loqui non dabatur.

ERROR

Digitized by Google

ERROR SECVNDVS.

De nuncupatione facta per notarium aut alium quàm testatorem.

ESSE TQVE hoc tantò certius, si non tantùm heredis institutionem, sed etiam legata & fideicommissa, quæ notarius relicta fuisse scribit, testatores ore proprio, & perinde alta voce exprimerent, Quomodo haud dubiè ex ratione iuris exprimere coguntur qui vtiliter, tutóque per nuncupationem testari volunt. *d. l. hac consultissima.* Nam si testamentum quod ad interrogationem alterius conditum esse dicitur nullius momenti est, etiamsi testator ad interrogationem appositè, & articulata voce respondeat, de quo tamen latiùs tractandum erit in sequentibus, multò magis si solo nutu (in solis námque fideicommissis & quidem iis quæ ab intestato relinquuntur receptum est vt nutu relinqui possint *l. nutu 23. de legat. 3.*) quantò magis dicendum est non valere testamenta quæ nec alio interrogante, nec testatore respondente coram testibus fiant, sed solo notario legente, nec minùs tacente testatore, quàm ipsis testibus. Etsi nec dubitari ferè potest, quin omnia huiusmodi testamenta fiant ad interrogationem notarij, sed tamen occultam, & in testium absentia factam, atque hoc ipso magis suspectam. In summa, quæ sic fiunt testamenta non tam fieri videntur à testatoribus, quàm non reuocari, iam facta scilicet à notariis, Acsi nuncupatiua dicerentur à nuncupatione facienda per notarium, aut alium nomine testatoris, non ab ea quæ fieri debeat per ipsum testatorem, Contrà quàm scriptum sit in *d. l. hac consultiss ma. d. l. in testamentis 26. C. de testam. & in §. vlt. Inst. eod.* Nam & in antiquis illis testamentis quæ per æs & libram fieri dicebantur, cùm duo essent, familiæ mancipatio & nuncupatio testamenti, vt in superioribus diximus ex Vlpiano *in Fragment. tit. 20.* Certum est nuncupationem illo etiam casu non ab alio fieri potuisse, quàm à testatore ipso verba illa sollennia proferente, & ad testes dirigente, *Hæc vti his tabulis cerisve scripta sunt, ita do, ita lego, ita testor. Itaque vos Quirites testimonium perhibetote.* Quis ergo ferat testamenti nuncupatiui cuius tota substantia ex nuncupatione consistit, fieri nuncupationem à notario, & ab alio quàm à testatore? Aut quis vnquam ex prudentibus putauit sufficere in eam rem posse solam testatoris præsentiam cum taciturnitate coniunctam? Itémque ex parte testium solam scripturam notarij qui eam voluntatem coram septem testibus declaratam fuisse scribat, publicóque testetur instrumento? Hinc nimirum quæstiones illæ tam variè ab interpretibus nostris excogitatæ, sed prudentibus antiquis incognitæ, An clausula codicillaris, & aliæ huiusmodi clausulæ, quæ à notariis passim apponuntur in testamentis censeri debeant appositæ ex voluntate testatoris, an potiùs ex stylo notariorum, de quo Bart. & alij *ad l. 1. D. de iur. codic.* Rip. *ad l. Centurio. de vulg. & pup. subst.* & alij quidem alia sentiunt, sed illi haud dubiè verius qui putant in dubio præsumi appositas ex stylo notariorum, Præcipuè verò clausulam codicilla-

rem cuius vim & poteſtatem neque teſtatores, neque ipſi quoque notarij niſi perpauci intelligunt, ferè omnes ignorant. Quænam autem ignorantis voluntas eſſe poteſt? Aut quis effectus clauſulæ quæ non ſit appoſita ex volũtate teſtantis? Hinc denique tã frequentes hodie de falſis teſtamentis non quidem accuſationes, ſed tamen querelæ, quæ ne in totidem accuſationes euadant ſolus inſcriptionis metus, periculúmque talionis impedimento eſt. Præſertim quòd ſit hæc falſitas ex earum genere, quæ tantò periculoſiores ſunt quantò difficilioris probationis. Cùm nihil facilius ſit in tanta hominum perfidia & improbitate, quàm vt reperiatur notarius aliquis, qui poſt multos fortè annos ſcripturam teſtamenti exhibeat, ſeptem equidem teſtium nominibus munitã, ſed eorũ qui exhibitionis tempore iam defuncti omnes inueniantur, nulliſque prætereà ſubſcriptionibus vallatã. Quod cùm accidit, quænã obſecro detegendæ falſitatis ratio ſupereſſe poteſt, ſi nõ è nubibus probationes delabantur? Dices idem in contractibus quoque conſcribendis ſubeſſe periculum ſi tam improbus notarius inueniatur, qui ſiue viuis ſiue mortuis contrahentibus inſtrumentum aliquod proferat cui non alij teſtes quàm qui iam deceſſerint, interfuiſſe dicantur: Nec eo minùs tamen conſtare fidem publicam inſtrumentis de contractu factis, etiam quæ producantur eo tempore quo teſtes iam ſint defuncti, dummodò non probetur defunctos iam tum fuiſſe cùm inſtrumentum conſcribebatur, quamuis nec à contrario probentur fuiſſe adhuc ſuperſtites. Quid enim certi eſſet in rebus humanis ſi ſuſpecta fierent omnia ex eo quod cæca mortalium auiditas & malitia inuehere poteſt? Aut quid permittendum ſi prohibenda ſunt omnia quæ per humanam inſaniam corrumpi poſſunt? Verùm facilis reſponſio eſt ex iis ipſis quæ iam diximus, Longè maius periculum ſubeſſe falſi comminiſcendi in teſtamentis, ideóque maiore cautione opus eſſe, ne qua ei comminiſcendo feneſtra patefiat: Nam in contractibus qui fiunt inter viuos, pendéntque non ex vnius hominis, ſed ex duorum pluriúmve voluntate, multa ſunt quæ contractum vel præcedant, vel ſequantur, ex quibus facilè ſit colligere quid verè geſtum ſit à contrahentibus, & conſequenter quid falsò ab iis geſtum fingatur: Præſertim verò ſi effectum aliquem cõtractus habuerit ſiue ex vtraque, ſiue ex alterutra parte, aut ſi nullũ. Secuta enim vel non ſecuta obſeruatio magnũ argumentũ præbet eorũ, quæ vel præceſſerunt, vel non præceſſerunt. At in teſtamentis nihil tale tractari poteſt, quæ cùm ex ſolius teſtatoris voluntate pendeant, eáque voluntas nullum effectum habere poſſit, niſi mortuo demum teſtatore, longè facilius eſt vt fingatur teſtator voluiſſe & dixiſſe id quod neque voluerit vnquam, neque dixerit, niſi ab initio & ab ipſo faciendi teſtamenti tempore prouideatur tam multis adhibitis ſollennitatibus, vt nõ ſit poſteà laborandum in probanda teſtamenti veritate, ſed tantùm in adiuuãda ſi opus erit, aut interpretanda defuncti hominis voluntate. Proinde fatendũ eſt nunquã permitti oportere vt teſtamenti quantũlibet nuncupatiui fides ex hominis vnius quãtumuis notarij publici teſtimonio pendeat, Maximè cùm in hoc teſtamentorum genere non ſit neceſſaria ſubſcriptio teſtatoris neque teſtium, Quo tamen vnico fortaſſis remedio ſuccurri poſſet ſecuritati teſtamentorũ aduerſus periculum falſitatis, *vt in d.l. hac conſultiſſima 8. C. qui teſtam. facer. poſſ.* quæ non valente teſtatore ſubſcribere propter cæcitatem requirit tantò magis, tantóque maioris teſtium numeri ſubſcriptionem. Sed non aduerſus rationem

nem ioris, quæ ad validitatem testamenti non tantùm exigit vt de testatoris voluntate liquidò constet, sed illud quoque præterea vt voluntas illa sit iusta, quomodo habet definitio testamenti *in l. 1. D. qui test. facer. poss.* id est sollennis, & iis omnibus munita sollennitatibus quæ necessariæ visę sunt ad actum tanti momenti, quanti testamentum est, constituendum: Cùm nihil aliud sit testamentum quàm lex, Vnde & primus ille fluxit vsus testamentorum, vt calatis comitijs fierent, nec aliter fieri possent, quemadmodum alibi scripsimus. Atque hoc ipsum quidem quod nos hoc capite aduersus nuncupatiua hodierni temporis testamenta disputauimus, placuit iam ante nos Viglio clarissimo Iureconsulto in elegantibus illis ad Titulos De testamentis commentariis. Sed tam breuiter, ne dicam ieiunè id perstrinxit, vt opinio per se noua ob idque primo intuitu minùs plausibilis, nostra indigere visa sit assertione, ad tam crassum pernicioſúmque errorem si fieri possit à Republica non minùs quàm à Iurisprudentia nostra profligandum.

ERROR TERTIVS.

De testamento in scriptis signato à testibus ante recognita signa defunctis.

REs nobis erit in hac etiam quæstione pro Viglio aduersus consentientem cæterorum ferè omnium interpretum traditionem: Sic enim plerique omnes putant, Testamentum in scriptis sollenniter conditum, septémque testium subscriptionibus & sigillis munitum, licèt ab initio constiterit, corruere tamen & infirmari si vel vnus ex testibus priùs decesserit siue viuo adhuc, siue iam mortuo testatore, quàm sigillum suum & subscriptionem recognouerit, Ideóque vitandi huius periculi metu, ac veluti remedij loco induxerunt vt eo tempore quo fit testamentum in scriptis adhibeatur notarius qui publicam de eo scripturam conficiat, vt quamuis postea testes mori contingat, vel in eum statum deuenire vt testimonium dicere non possint, nihilominus testamenti fides subsistat, neque sit necesse testes examinari testamentarios vt vel de voluntate defuncti testificentur, vel signa sua recognoscant & subscriptiones, Sufficiente scilicet in eam rem publici documenti fide & authoritate. Sic enim Accursius *ad l. 1. C. de testam. quem. aper.* & Bart. *ad l. 1. & 2. D. eod.* Ita fit vt quemadmodum noua huius remedij introductione vetus omnis testandi sollennitas hodie fermè penitus exoleuit, sic nullus aut certè rarissimus sit vsus recognitionis quam fieri olim oportebat signorum testium & subscriptionum. Sicut & priscus ille mos publicandorum testamentorum in vsu esse desiit, nisi quibus locis ex statutaria lege aut consuetudine retinetur vt in Comitatu Burgundiæ. Mouentur autem in hanc sententiam vulgares interpretes *ex l. cum ab initio 4. & seq. D. ill. eod. tit. quemadm. testam. aper.* vbi scriptum est, Cùm ab initio aperiendæ sint tabulæ, officium Prætoris esse vt cogat signatores conuenire, ac sigilla sua recognoscere, vel negare se signasse. Quòd si quis ex signatoribus absit

Digitized by Google

mitti debere tabulas testamenti vbi ipse sit vti agnoscat, nec reuocari eum agnoscendi causa oportere ne sit ei officium suum damnosum. Nec ad rem pertinere an vnus absit an omnes: At si fortè omnibus absentibus causa aliqua sit quæ vrgeat aperiri tabulas, debere Proconsulem curare vt interuenientibus optimæ opinionis viris aperiantur,& post rescriptum & recognitum factum, ab iisdem quibus interuenientibus apertæ sunt, obsignentur, tunc deinde eò mittantur vbi signatores ipsi sint, ad inspicienda sigilla sua. Ex quo interpretes inferunt necessariam omnino esse signorum recognitionem, ita vt quamuis ex causa differri nonnunquam possit, eam tamen fieri tandem, aliquando necesse sit ad validitatem testamenti. Quod & probant *ex l.2.C. eod.tit.* Addúntque inuentam ob hoc sollennitatem illam veterem publicandorum testamentorum, vt si quem ex testibus mori contingat non ideò tamen infirmetur testamentum quod iam fuerit publicatum, & de cuius fide ac validitate post publicationem disputari non oporteat. Sic námque illi *ad l.1.C.ll. tit. testam.quem.aper.* Adferunt etiam textum iuris Pontificij in *cap.2.Extr.de fid.instrum.* vbi rescribit summus Pontifex, Non posse videri instrumentum authenticum si testes in eo inscripti mortui sint ante dictum testimonium de iis quæ instrumento continentur. Ego verò sententiam istam sicut à testamentorum fauore prorsus alienam, ita falsissimâ & improbabilissimam semper existimaui. Nec enim recognitiones signaculorum & subscriptionum ad essentiam & validitatem testamenti pertinent, sed subscriptiones ipsæ & signacula: in quibus finem testamenti consistere ait Theodosius *in l. hac consultissima 21. versic. finem autem C. de testam.* At neque ad voluntatis probationem referri possunt, quod tamen malè ac parum cautè Viglius admittit, sed tantùm ad probationem sollennitatis. Nam quemadmodum non sufficit vt constet de voluntate testatoris in testamento declarata, si non appareat sollennem esse illam voluntatem & legibus adprobatam quæ ab Vlpiano nostro dicitur iusta in diffinitione testamenti *l. 1. D. qui test. fac.poss* Ita nec sollennitatem interuenisse satis est, nisi probetur interuenisse, cùm, vt est in vulgari brocardico, Non entium, & non apparentium idem iudicium sit: Itaque parum est extare subscriptiones aliquas & signacula, si non probetur cuius sint, quod non nisi per recognitionem fieri potest. Cæterùm quid necesse est fieri eam recognitionem per eos ipsos qui subscripserunt & signauerunt, si per eorum vel absentiam, vel mortem contigerit, vt suas subscriptiones suáque sigilla recognoscere non possint? Aut quid refert per quos recognitio facta sit, dummodo sic factam esse constet, vt de subscriptionum & sigillorum fide dubitari nullomodo possit? An enim idcirco minùs verum est Titij subscriptionem & sigillum esse, quod non à Titio ipso iam fortè defuncto vel absente recognitio facta sit, sed ab aliis personis fide dignis? Nam & cùm testes absunt, & res vrget, adeò vt neque auocari sine rerum suarum incommodo possint, neque expectari vt ad eos mittatur ad recognoscendum, Placet non eo minùs interim aperiri testamentum debere interuenientibus viris qui sint bonæ opinionis & famæ vt suprà diximus *ex l.Sed si quis 7. D.testam.quem.aper.& l.2. C. eod.* Qui si possint iidem recognoscere subscriptiones & signacula testium absentium. Quid causæ est obsecro cur fidem facere non debeant? Fateor eam fore omnium optimam, & certissimam recognitionem si testes ipsi qui subscripserunt & signauerunt, suas subscriptiones, suáque sigilla recognoscant: Ideóque bene olim constitutum

tutum esse vt eiusmodi recognitio fiat si quo modo fieri possit, vtque etiam post apertas coram honestis personis tabulas, rursúmque obsignatas mittantur tabulæ ad testes absentes, sicuti bene Alex. scripsit *ad d.l.* 2. malè in hoc à Viglio reprehensus. Nimirum vt quantum fieri potest fraudibus & falsitatibus omnibus via præcludatur. Sed si testes ipsos omnes, aut ex omnibus aliquos mori contigerit, Dico nihil prohibere quo minùs per alios probæ opinionis viros ea recognitio fiat, Eámque potiùs amplectendam esse sententiam, quàm vt in angustias illas testamenti sollennitatem quæ re vera intervenerit, redigamus, vt probari nullo modo possit. Nam quod in omni alia iuris parte obtinet vt ampliandæ sint & adiuuandæ probationes potiùs quàm coarctandæ, cur non etiam obtineat cùm agitur non de probanda testatoris voluntate, sed tantùm de probanda testamenti sollennitate? Non nego exactiores requiri probationes in probando testamento, quàm requiri soleant cùm de alia qualibet siue inter viuos, siue vltima voluntate probanda disputatur. Et idcirco maiores quoque, ac plures requiri sollennitates, propter periculum quod maius & grauius subest comminiscendæ falsitatis, sed sollenniratum quæ in testamento dicuntur intervenisse, quales quantæque intervenire debuerunt, nego difficiliorem probationem esse debere, Quin potiùs tantò faciliorem quantò fauorabiliora sunt testamenta, si cum alio cuiuslibet voluntatis genere conferantur.

ERROR QVARTVS.

Si aliquis ex signatoribus dubitet in sigillo recognoscendo, & de nostrorum traditionibus ad l.1. & 2. C. testam. quemadm. aper.

AMPLIVS dico quod nec interpretes ipsi negant, Si vnus ex testibus qui subscripserunt & signauerunt, dubitet, adhibitus ad recognoscendum, an subscripserit, & signauerit, non eò minùs valere testamentum si modò ipsius subscriptio & sigillum esse aliunde probetur. Nam etsi testis apertè negaret se recognoscere, perinde adhuc tamen aperirentur tabulæ, quamuis ex manifesta illa negatione & contradictione fierent suspectæ, vt scriptum est *in l.1. §. vlt. & ibi not. D. testam. quemadm. aper.* Quantò magis ergo valebit testamentum à sollenni testium numero subscriptum, signatúmque, cùm subscriptionum & sigillorum recognitio facta est à testibus fide dignis, si obsignatores ipsi iá defuncti proponantur? Nec enim qui non recognoscit ideo quòd sit defunctus, comparari rectè potest ei qui negat se recognoscere, aut qui dubitat an recognoscere debeat an negare. Cùm potiùs præsumendum sit fore si viueret, vt suam subscriptionem, suúmque sigillum recognosceret, cuius subscriptionem sigillúmque esse alij testes fide digni recognoscunt. Atqui, inquit Bart. *ad d.l.2. C. testi. quem. aper.* priuata scriptura est, quę à testibus subscripta & signata fuit. Nullã ergo fidẽ facere potest si testes haberi nõ possint, quia mortui. Ego, inquã, cõsecutionẽ istã nego. Definit enim priuata esse scriptura statim atque subscriptionũ & sigillorũ recognitio facta est sufficiẽter. Et quãuis ptiuata scriptura esset, æquè tamẽ probaret, dũmodò per idoneos testes de ipsã fide cõstaret. *l. cũ taberna 34. §. 1. D. de pignor.*

l. scripturas 11. C. *qui potior. in pignor. habeant.* Non enim differentia inter publicam, & priuatam scripturam in eo est quòd sola scriptura publica probet, priuata verò nihil, sed in eo tantùm quòd publica per se sola probat, eámq; ob causã dicitur probatio probata, Priuata verò per se sola nihil probat, sed recognitione demùm secuta, Cęterùm an ab hoc, an ab illo recognitio fiat, nihil interest, dum sic fiat vt nulla laboret suspicione. Quid quod interpretes etiã ipsi admittunt, Si mortui sint ante recognitionem aliqui ex testibus, qui subscripserant & signauerant, nocere quidem id heredi scripto, ne ex eo testamento hereditatem petere possit, sed tamen licere ipsi citra furti & criminis vllius opprobriũ defuncti bona intestati successoribus tãquã iniustis extorquere. Quod nominatim Bald. & Iaſ. *ad d.l.* 1. *C. testam. quem. aper.* tradiderunt. An non verò qui hoc admittunt profitentur apertissimè summam æquitatem facere pro testamento, & quod est consequens euidenter iniquam esse contrariam sententiam per quam testamenti validitas impugnatur? Alioquin quid iniquius dici posset quàm vt liceret heredi scripto possessionem per se occupare quàm per iudicem adprehendere non posset? An nõ hoc pugnaret euidenter cum iuris ratione & regula de qua *in l. non est singulis* 176. *de re. iu.* & tot aliis locis repetita? Neq; sanè testamenti sollẽnitas quam lex requirit, illa est vt eos ipsos septem testes adhiberi necesse sit in recognoscendo testamento, qui adhibiti fuerint in eo subscribendo & obsignando, sed illa tantùm vt quo tempore testamentum fit septem testium puberũ, ciuium Romanorũ, & rogatorũ præsentiã subscriptiones & signacula adhiberi necesse sit. Quo facto cùm propriis viribus testamentũ subsistat. Quid absurdiùs dici potest, quàm ob superuenientem casum defuncti vnius ex testibus, corruere testamentum quod ab initio constiterit, tametsi per recognitionem ab aliis factam probetur sollennitas interuenisse? *arg. l. verbis legati* 5. *in fin. D. ad leg. falcid.* Nam & quod olim plerisque prudentibus non tamen omnibus placuit, Ea quæ semel ab initio constiterunt, fieri nihilominùs irrita si ad eum casum perueniant à quo incipere non potuerunt *l. quia in eum casum* 17. *D. ad ad leg. Aquil. l. exilissimo* 98. *penult. §.* 1. *D. de ver. oblig.* constat apud Bartolum cæteróſque interpretes, ad ea non pertinere quæ formam suam plenissimè perfectam aliquando habuerunt, Ne alioquin eueniat vt sollennitates legitimæ pendeant ex dubio rerum euentu, quas è contrario ex solo præsenti statu eius tẽporis quo adhibentur æstimari oportet, vt ab initio lex certa sit an valeat actus & subsistat, an non: Qua ratione illud etiam receptum est vt actus legitimi nec diem recipiant, nec conditionẽ, neque tacitã magis quàm expressam. Cur ergo ex sola superueniente testium morte corruet testamentum quod probari possit ab initio valuisse, suásque omnes habuisse sollennitates? Aut si ius ita est, vt ad validitatem testamenti necesse sit testes omnes viuere in diẽ vsque recognitionis, quomodo fieri poterit in tanta hominum mortalitate, vt ex solo lapsu decennij non corruat testamentum, quomodo non corruere scriptum est *in l. sancimus* 27. C. *de test.* cùm vix sit vt intra tanti temporis curricula non moriatur aliquis ex testibus adhibitis ad sollennitatem testamenti. Argumentum Viglij est, non quidem necessarium, sed tamen satis probabile.

ERROR

ERROR QVINTVS.

Si obſignatores ignorante vel iam mortuo teſtatore deceſſerint & ad l. vlt. C. de edict. Diui Hadr. tollend.

ET SI autem parum referre arbitror an viuo adhuc an mortuo iam teſtatore obſignatores deceſſerint, eſt tamen hęc noſtrorum ſententia longè iniquior ſi ponas non niſi poſt teſtatoris obitum, aut viuo quidem ipſo ſed ignorante teſtes deceſſiſſe. Quid enim poſſis imputare teſtatori qui & teſtando ſollennitates omnes adhibuit, quas adhibere debuit, & ſuperſtitibus deceſſit teſtibus, aut ignorans defunctos eos, quos ſi defunctos ſciuiſſet, receptámq; interpretum ſententiam pro iure certiſſimo haberi didiciſſet, vtique aliud teſtamentum, id eſt eandem quidem voluntatis ſuæ teſtationem, ſed coram aliis teſtibus edidiſſet? Nam & ob hanc cauſam placet condicionem teſtis putatiuam, vt Baldus loquitur, ſufficere ad hoc vt teſtamentum ſolenniter factum videatur, quamuis ex poſtfacto vera condicio detegatur quæ teſtem iam ipſo teſtamenti tempore inhabilem minuſq; idoneum faciebat *l. 1. C. de teſtam.* Et hæc ſanè apertiora ſunt, quàm vt pluribus probanda videãtur. Nec tamen poſſum prætermittere quod Viglius adducit *ex l. vlt. C. de edict. Diui Hadr. tollend.* vbi extat celebris illa Iuſtiniani conſtitutio, quæ heredem teſtamento inſtitutum iubet mitti ſtatim in poſſeſſionem rerum hereditariarum ſi modò teſtamentum oſtendatur non cancellatum, neq; abolitum, neque ex quacunque ſuæ formæ parte vitiatum, ſed quod in prima figura ſine vlla vituperatione appareat, & depoſitionibus teſtium legitimi numeri vallatum ſit. Depoſitiones enim dixit Iuſtinianus, haud dubiè pro ſubſcriptionibus & obſignationibus teſtium, quas ſicut neceſſarias eſſe nemo ambigit vt teſtamẽtum ſollenne, ac perfectum dici poſſit, Ita earum recognitionem nihil ad eſſentiã & validitatem teſtamẽti pertinere ex eo intelligimus, quod nullum de illa verbum apud Iuſtinianum, qui ſanè non minùs recognitionis quàm ſignaculorum adhibendorum neceſſitatem irrogaſſet, ſi teſtamẽti validitas & ſollennitas non minùs ex recognitione quàm ex adhibitione obſignationum pendêret. Nec eſt quod cum Baldo, Paulo Caſtrenſi aliiſq; interpretibus ſepares cauſam poſſeſſionis hac parte à cauſa proprietatis, Quaſi minùs neceſſaria ſit heredi ſcripto recognitio ſignaculorum ad hoc vt in poſſeſſionem mittatur, quàm vt hereditatẽ petere & vindicare poſſit. Omni enim caſu neceſſe eſt tale apparere teſtamẽtum, vt nihil deſit ex ſollẽnibus. Nec quiſquam probabiliter dixerit tam facilem eſſe iudicem debere ad dãdam heredi ſcripto poſſeſſionem, quam præuideat eſſe poſtmodum ei auferendã. Itaque ſi vera eſſet interpretum ſententia, non minùs inquirere iudex deberet, An ſigillorũ recognitio facta eſſet, aut ſaltem an fieri adhuc poſſet, id eſt, An teſtes & obſignatores viuerẽt, quàm de illo inquirendum prorſus habet, An à ſeptem teſtibus obſignatum ſit teſtamentum. Vtrumque enim perinde ad extrinſecam teſtamẽti formam ac ſollennitatẽ pertineret. Quãquam non dubito quin recognitio illa quæ non eſt neceſſaria in poſſeſſorio, neceſſaria ſit in petitorio, Sed hactenus tantùm vt ex teſtium qui recognoſcent fide, licèt minimè ipſi obſignauerint, non ex obſignatorum vita ſol-

lennitatis probatio pendeat,& vt mortuis teſtibus ſufficiat comparatio literarum & ſigillorum non ſolùm vt Baldus voluit in poſſeſſorio, in quo nihil tale lex exigit ad primam teſtamenti figuram extrinſecam conſtituendam, ſed in petitorio etiam, quod ille negat, Cùm publicari teſtamentum nihil prohibeat poſt ſigillorum recognitionem ritè factam,à quocunque tandem facta illa ſit,dummodò ſollenniter & ex iudicis authoritate. Non enim ideò ſit publicatio teſtamenti ſiue in ſcriptis,ſiue per nuncupationem conditum ſit vt teſtamentum valeat, quod vtique & validum & à lege confirmatum eſſe neceſſe eſt priuſquàm publicetur, & vt poſſit publicari; Sed vt publicati ſemel teſtamenti fides non intercidat,quamuis ipſa materia in qua primùm à teſtatore ſcriptum teſtamentum fuit caſu aliquo amiſſa probetur,vt ſcriptũ eſt *in l.publicati 2.C.de teſtam.*Quod verò noſtri obiiciunt *ex dict.cap.2. Extr. de fid.inſtrum.* ſicut ad teſtamenta quæ à teſtibus teſtamentariis ſubſcripta & obſignata ſunt,non pertinet,ita prorſus à noſtro tractatu alienum eſt. Multum ſiquidem refert an alicui inſtrumento teſtes inſcripti ſint duntaxat, vt textus ille loquitur,id eſt nominati in inſtrumento quod coram ipſis factum dicitur, an verò ſubſcripſerint ipſi & ſignauerint. Priore caſu ſola teſtiũ nominatio nec ſollẽne facit inſtrumentum nec authenticum, ſed neceſſariæ omnino ſunt eorum depoſitiones ideóque ſi antè defuncti ſint tota inſtrumẽti fides & probatio corruit. At poſteriore caſu ſollennis ſcriptura eſt licèt nondum ſit publica nec proinde fidem amittit & ſuperueniente morte teſtium quippe quorum ſubſcriptiones & obſignationes pro depoſitionibus ſint, adeò vt & depoſitiones dicantur *in dict.l.vlt.C.de edict.Diui Hadr.tollend.*Quod & Baldus,vt nihil ignoraſſe dicitur,benè vidit *ad dict.cap.2.Extr. de fid.inſtrum.& ad dict.l.vlt.num* 19.& 20.Illud planè nõ reprobo,quod frequens vſus induxit,vt eo ipſo tempore quo teſtamentum fit, & poſt adhibitas ſubſcriptiones atque obſignationes teſtium, fiat recognitio ſubſcriptionum & ſignaculorum ab iis ipſis teſtibus præſente etiam teſtatore, Déque ea re inſtrumentum publicum à notario conſcribatur, vt neque teſtamenti fides quod ſuis omnibus ſollennitatibus munitum ſit, neque recognitionis veritas in dubium reuocari poſſit.Non enim poſſit quis hac parte nobis obiicere quod nos interpretibus obiecimus in præcedentibus, Abſurdum eſſe vt quis dicat teſtamentum nuncupatiuum probari per inſtrumentum, ſiquidem teſtamentum in ſcriptis de quo nunc agimus non probatur hoc caſu per notarium ſed per iuſtas ſuas legibúſque præſcriptas ſollennitates, id eſt per ſubſcriptiones & ſignacula teſtium, Sollennitates verò per earum recognitionem legitimè factã,ipſa deniq; recognitio per inſtrumentũ & ſcripturam notarij. Nec ob id, quòd viuo teſtatore ea recognitio facta ſit,nocere debet, cùm nec quicquam vetet publicari teſtamentum viuo adhuc & præſente teſtatore,ſi teſtator ita fieri velit vt Baldus tractat *ad d.l.publicati in fin. C,de teſtam.*

ERROR SEXTVS.

De teſtamento quod per duos teſtes probatur factum fuiſſe coram ſeptem teſtibus.

Diſputa

DISPVTATA fuit iam olim hęc quęstio inter veteres glossatores, postquam Martinus tentare primus ausus est, quod ante ipsum nemo dixerat, Posse testamenti sollennitatē probari per duos testes, quamuis veritas voluntatis non nisi per septem testes probari possit. Disputationi causam dedit rescriptum Imperatoris Gordiani *in l. 2. C. de bonor. poss. secund. tabul.* cuius verba hæc sunt: *Bonorum quidem possessionem ex ed. Clo Prætoris non nisi secundum eas tabulas quæ septem testium signis signatæ sint, peti posse in dubium non venit. Verùm si eundem numerum adfuisse sine scriptis testamento condito doceri potest, iure simili testamentum factum videri, ac secundum nuncupationem bonorum possessionem deferri explorati iuris est.* Sic enim posterior pars rescripti à Martino accepta est, vt eundem quidem numerum septem testium in testamento nuncupatiuo adesse oporteat, Sed adfuisse probari tamen possit per duos tantùm testes, quasi hoc ipsum satis apertè Imperator exprimat iis verbis *si doceri potest*, nullo scilicet in eam rem præscripto numero testium per quos id probari debeat, quoniā vbi numerus testium nō adiicitur, etiam duo sufficiunt: cùm pluralis elocutio duorum numero contenta sit *l. vbi numerus 12. D. de testib.* Etsi autem nouam istam Martini opinionē Accursius noster non probauit, illa potissimùm ratione quæ magna sanè est, statimq; occurrit, quòd ri non possit vt probetur sollennitas testamēti, quin hoc ipso probetur voluntas, quia nec potest cognosci qualitas, nisi cognoscatur substantia *l. eius qui in prouincia 41. D. de reb. credit.* Præsertim verò si testes interrogentur, quemadmodum interrogādi sunt, Vnde sciant quòd testabatur is quem sollenniter testatum fuisse deponunt. (Ita enim fiet, vt necesse sit eos deponere de veritate rei, & de substantia ipsa testamenti, quam tamen nec Martinus ipse negat per duos testes probari non posse) Frequentior nihilominùs interpretū schola cum Martino hac parte sentit, Sed eo demum casu nec alio præterea vllo, quo aduersarius confiteatur factum esse testamentum, at neget duntaxat factum esse sollenniter, Propterea quòd hoc casu voluntas testatoris dubia non sit quam aduersarius confitetur, sed sollennitas sola probanda relinquatur. Nam statim atque separari potest causa voluntatis à causa sollēnitatis, nemo ex interpretibus dubitat quin sollennitas per duos tantùm testes probari possit. At rursus alia iis incurrit ratio hæsitandi, quòd si heres legitimus fateatur conditum esse testamentum, nec nisi sollennitatem neget, testes autem de sollenni testamento deponant, de alio testamento videatur facta confessio, de alio autem probatio. Cùm is qui testamentum non sollenniter factum confitetur, non possit videri de eo ipso testamento sensisse quod sollenniter factum esse probetur. Nec quod pluralitas testamentorum non præsumatur, ad rem facit. In promptu enim replicatio est, ita demum id verè dici si non ex actis appareat de pluralitate, In proposito autem satis apparere, cùm testamentum sollenne, & non sollenne non possint esse vnum & idem numero. Itaque nullum adminiculum, inquit Baldus, recipere testes possunt ex confessione quæ dicta testium non contingit? Hic nimirum necessaria fuit subtilitas Bartoli qui *ad l. heredes palam 21. D. qui testam. facer. poss.* primus docuit, velut remedij loco, interrogandos esse hoc casu testes ante omnia, Vtrum plura testamenta testator fecerit? Quo negato consequens fiet necessariò vt non de alio testamento videri possint deponere quàm quod heres legitimus confessus sit factum.

esse. Et in hac subtilitate conquieſcit Baldus *ad dict.l.2.C. de bonor.poss.secund.tabul.* quamuis Bartoli traditiones vt plurimùm improbare soleat ſtudio contradicendi, tùm quoque cùm probare potius deberet. Indéque infert,non quod alij solent dicere Duplicem esse probationem, vnam voluntatis,aliam sollennitatis,sed è cõtrario nec insubtiliter, quod ante illum fortaſsis nemo dixerat duplicem esse sollennitatem,vnam voluntatis, aliam probationis.Sollennitatem voluntatis probari debere per tot testes, quot sunt necessarij in facto,id est ad ipsam voluntatem constituendam, sed sollennitatem probationis per duos testes probari posse. Videamus autem an non æque nugatoriæ sint traditiones istæ interpretum & distinctiones. Supponunt enim omnes ac pro certo habent,substantiam testamenti,hoc est testamentum ipsum probari posse per solam legitimi heredis aut alterius cuius interest,cõfessionem:quod ego tam falsum esse semper credidi, quàm quod falsissimum.Nec enim testamentum ex sola testatoris voluntate cõstituitur, sed ex ea tantùm quæ sit iusta,vt scriptum est *in l.1.D.qui testam facer. poss.* id est sollennis & legibus consentanea, ac proinde non tantùm ex voluntate, sed etiã ex sollennitate.Nec rursus sollennitas illa probatur quoquomodo, sed certis tantùm & legitimis modis,id est adhibito sollenni numero testiũ & eorum quidem testium qui tales sint quales à lege requiruntur, Masculi, puberes,ciues Romani,non domestici,nec fortuiti,sed extranei & rogati.Adeò vt si poneres alicuius testamento adfuisse viginti Senatores qui de eadẽ defuncti hominis voluntate per eadem verba testificentur,tam perspicuè & conuenienter vti ne dubitari possit de voluntatis veritate,non eo tamen magis testamentum factum probarúmve dici possit,quia non minùs lex requirit vt testamentarij testes sint rogati quàm vt sint testes, nec pro testibus idoneis habet Senatores,si non sint rogati,non magis quàm si mulieres adhibitæ proponerentur. Vnde est quod qui legatum sibi adscribit etiam de quo alunde quàm per ipsius scripturam indubitatè constet,non idcircò tamen legitum consequitur,*l.2.C.de his qui sib.adscr.* Vt nec tutelam,qui se tutorẽ scripsit *l.ex sententia 29.D de testam.tutel.* An ideò fortasse ne fiat iniuria voluntati, quódque verendum sit ne ob non adhibitas iustas sollennitates, aliud credatur voluisse testator,quàm quod reuera voluerit? Minimè verò. Ponimus enim constare de voluntate tam euidenter puta per ipsius testatoris scripturam,vt sit illa indubitata nec vllo modo ambigua,vt scriptum est *in d.l.ex sententia*.Sed quoniam nihil vetat & certam esse volũtatem, & non iustam, minúsque legitimam: quod cùm euenit nulla potest haberi ratio voluntatis, quæ nullam rationem habuit legitimæ sollennitatis. Porrò inter cæteros siue voluntatis,siue sollennitatis probandæ modos, nemo vnquam ex prudentibus nostris dixit numerandam esse legitimi heredis aut cuiusquam alterius confessionem. Nam quod aliàs dici solet nullam esse certiorem probationem quàm quæ sit per confessionem partis, adeóque quod magis est,exclusis per constitutionem Principis,aut per statutum cæteris probationibus omnibus, nunquam tamen excluſam illam intelligi quæ ex aduersarij confessione inducitur,ad quæstionem nostram non pertinet, in qua negamus sufficere probationem voluntatis, si non adsit etiam probatio sollennitatis, quam probationem & ipsam quoque sollennem esse necesse est,vt legi satisfactum dici possit quæ sola testandi facultatem dedit. Ac quemadmodum beliè olim & eleganter M. Tullius,Recusare nos

non

non debere, quominùs ea qua nati sumus lege,& condicione viuamus: Ita nec recusare quisquam debet quominus iis quæ à iure præscriptæ sunt legibus,ac sollennitatibus testetur,cùm solius legis beneficio habeat, vt testari possit.Etsi enim priùs data est per legẽ duodecim tabularũ facultas testandi quàm fuerit iis arctata & coãgustata sollẽnitatibus quæ hodie in testamentis ordinandis exigũtur,quippe quas successu temporis partim edictum prætoris,partim media Iurisprudentia,ex parte etiam Imperatorum authoritas introduxit, vt Iustin.refert *in titul. de testam.ord.n.* Sufficit tamen ita coangustatam hodie esse libertatem illam testandi veterem ac plenissimam, vt quisquis minùs ritè nec seruatis sollennibus testatus probatur, is neque testatus esse videatur. Proinde si quis dicat cum interpretibus solam heredis legitimi aut alterius iusti contradictoris cuiuslibet confessionem posse sollennitatum omnium vicem supplere,vt nihil interfit an testamentum aliquod proferatur, an ex aduersarij confessione factum fuisse probetur, is procul dubio fecerit vt priuati hominis confessio legum authoritate censeatur: quod Papinianus vtique numquam admitteret *l. vlt. D. de fuis & legit.* Quid si poneres constare per duos testes visam esse testamenti scripturam sollennem suisque sigillis & subscriptionibus munitam,quæ tamen casu aliquo deperdita probetur, An diceremus posse illam probationem sufficere si modo etiam de sigillorum, & subscriptionum recognitione legitima per eosdem testes constaret ? Et non puto,nam & ita facile esset fraudem facere legi,& quod directo non licet indirecto probare substantiam testamenti per duos testes. Quid enim prodesset probatum esse testamentum, si nihil eorum probatum esset,quæ testamento continentur? Quòd, si fingas testes viuere qui ad testamentum,siue in scriptis, siue nuncupatiuum adhibiti dicuntur, erunt omnes interrogandi vt per eos probetur non solùm sollennitas sed etiam substantia testamenti, præsertim nuncupatiui. Nam in testamento in scriptis difficilius illud est, si non manifestauerit iis testator suam voluntatem, quæ alioqui non nisi per scripturam ipsam probari posset.

ERROR SEPTIMVS.

De sententia l. vlt.C.de fideic.& §.vlt.Inst. de fideic.hered.

NEQVE verò in toto iure nostro locus vllus est qui pro interpretibus contra nos adduci possit, si cum excipias quem vnum nostri adferunt post Accursium (nam & in hanc sententiam Accursius venit) *ex §. vltim. Instit. de fideicommiss. heredit. & leg. vltima C. de fideicommiss.* vbi constitutum est, vt si is à quo fideicommissum relictum dicitur,posteaquàm negauerit,confiteatur quidem aliquid à se relictum esse, sed ad legis subtilitatem

recurrat negãs ritè relictũ esse ac eo modo quo relinqui iure debuit,ideſt interuenientibus quinque teſtibus,omnino, fideicommiſſum ſoluere compellatur. Inde namque apparet ſolam heredis confeſſionem ſufficere ad probandam non modò voluntatem , ſed etiam quod magis eſt,ſolennitatem, ſi facta ſit poſt inficiationem,Non quaſi confeſſio ante vllam inficiationem facta non ſufficiat ad probandam voluntatem : Sed quia non ſufficeret ad ſupplendam ſollennitatem quæ interueniſſe negaretur.Sic enim illa Iuſtiniani conſtitutio ſecundùm Ioannis interpretationem vulgò accepta eſt , vt ſi heres ab initio confiteatur fideicommiſſum relictum eſſe,ſed interuenientibus paucioribus quàm quinque teſtibus,ideóque neget ſe ad eius præſtationem teneri,non ſit cogendus ſoluere adeóque nec iurare ſi iuſiurandum ei deferatur,tametſi de calumnia priùs iurauerit is,qui fideicommiſſum petit.At ſi neget relictum,non aliter poſſit ad ſolutionem vrgeri quàm ſi deferente iuſiurandum fideicommiſſario iurare nolit,ſcilicet ſi hoc fideicommiſſarius eligat. Si enim alias tentet probationes quas implere non poſſit, audiendus non eſt deferens iuſiurandum poſt alias probationes deſperatas. Si verònegauerit primùm,deinde confeſſus ſit relictum,nihil ei proſit quod per quinque teſtes fideicommiſſum probari non poſſit,ſed omnimodo ſoluere cogatur,& ad ſolutionem præcisè vrgeatur.Atque ita nouam Iuſtiniani conſtitutionem conciliant cum eo quod à prioribus Imperatoribus reſcriptum erat *in l.ſi veritas* 23. *C. eod. tit. De fideic.* ſi veritas vel ſollennitas iuris deeſt,nec amplexus defuncti voluntatem heres legata dedit, vel tranſactionis cauſa ſtipulanti promiſit,negotiúmque integrum eſt,ad ſolutionem vrgeri cum non poſſe.Ex quo reſcripto manifeſtè apparet ita facere iuris rationem,vt parùm referat,an veritas voluntatis, an ſolennitas iuris deſit , tùm quoque cùm agitur de fideicommiſſo,quantò igitur magis ſi de teſtamento ageretur?At neque hac parte id eſt quod ad nouam Iuſtiniani conſtitutionem illam attinet conuenit mihi cum interpretibus. Video enim non de qualibet vltima voluntate loqui Iuſtinianum,ſed de fideicommiſſo duntaxat,Cuius propria condicio & natura illa eſt, vt ſollẽnitates iuris nullas exigat,cùm neque cognitum ſit legibus à quibus ſollennitatum omnium origo fluxit,ſed ex ſola heredis fide pendeat , vt idem Iuſtin. teſtatur *initio, eiuſdem titul. de fideicom. hered. & titul. de codicill.* Vt proinde mirum non ſit ſolam heredis confeſſionem ſufficere ad probandum fideicommiſſum , cuius nulla prorſus ſit ſollennitas,dummodò conſtet de voluntate quę heredis fidei commiſſa eſt,de qua porrò non meliùs aut certiùs cõſtare poſſit quàm per confeſſionẽ eius qui fidem ſuam obſtrinxit,ſiue heres ille ſit ſiue legatarius,ſiue fideicommiſſarius.Nam & à legatario & à fideicommiſſario relinqui fideicommiſſum poteſt,& hos omnes caſus Iuſtiniani conſtitutio ſupradicta complectitur,nec tamen de legato loquitur quod relictum negetur, multò minùs autem de inſtitutione.Et verò non aliam Iuſtiniani mentem fuiſſe quàm vt in ſolis fideicommiſſis nouum hoc ius induceret , præter id quod conſtitutionis verba ipſa præſefeũrt,apparet etiam ex eo quod in ipſo §. *vlt.* præfatus ille prima fideicommiſſorum cunabula ab heredum fide pendêre,& tam nomen quàm ſubſtãtiam accepiſſe,ideóque Diuum Auguſtum ad neceſſitatem iuris ea retraxiſſe:ſubiungit nuper ſe conſtitutionem feciſſe ſuggerente Triboniano,per quam Auguſtum ſuperare contendens diſpoſuit vt fideicommiſſum quod neque per ſcripturam,neq; per quinque teſtes probari

probari potest, per heredis aut alterius qui grauatus dicitur, iusiurandum probari possit. Non ergo bona consecutio est si quis ex eo quod in solis fideicommissis Iustinianus constituit argumentum sumere velit ad probationem testamenti, siue de legato, siue de institutione quæratur. Legum enim omnium authoritas resistit, ne idem de testamento dici possit, quo nimirum nomine non alia voluntas quàm quæ sollennis & legitima sit significatur. Primúsque hic interpretum error est, quod putant perinde ex heredis legitimi confessione probari testamentum posse. Secundus verò nec leuior meo iudicio ille est, quod fideicommissis minùs fauent, quàm faueat Iustiniani constitutio: Quandoquidem nolunt posse heredem aliúmve qui rogatus sit, vrgeri ad solutionem si ab initio fateatur relictum esse fideicommissum, sed sollenniter relictum neget, at illo tantùm vno casu quo sit perfidus & mendax negando primùm quòd fideicommissum vllum relictum sit, postea confitendo idipsum quod negauerat. In quo grauiùs puniunt mendacium quàm perfidiam. Qui neque fatetur relictum esse fideicommissum, sed negat sollenniter relictum esse, is haud dubiè non modò perfidus est, sed suam quoque perfidiam fatetur. Quid enim possit dici magis perfidum quàm si quis neget teneri se id adimplere, quod fidei suæ tamen commissum esse fateatur? Quamuis non sit mendax hic qui fatetur fideicommissum, At is qui primùm negauit relictum, postea verò idipsum cõfitetur quod negauerat, etsi ab initio mendax fuit qui veritatẽ negauit quam sciuit, minùs tamen posteà mendax est à quo tẽpore agnoscit fatetúrq; relictum à se fideicommissum, quàm si in mendacio & negatione perseueraret, Tametsi maneat perfidus qui solutionem fideicommissi recusat prætextu omissæ sollennitatis. Cur ergo grauius puniatur ob mendacium in quo non perstat, quàm ob perfidiam in qua perseuerat? An quia mendacium aliquando iunxit perfidiæ. Nec quisquam ex pœnitentia nocens esse desinit? vt scriptum est *in l. qui ea mente 65. D. de furt.* Atqui nec sine mendacio perfidia vlla esse potest, nec tam impudens est perfidia quæ colorẽ aliquẽ licet improbũ ex alio mendacio quærit. Denique hoc volo dicere, grauius esse crimen perfidiæ quàm mendacij, ob idque non mitiùs puniendum, sed tantò grauiùs quantò impudentior est qui se perfidum fatetur, quàm qui ab initio mentitur ideò tantùm ne perfidus videatur. Igitur si is qui fideicommissum à se relictum negauit primùm, posteà verò confessus est, ad solutionem omnimodo vrgeri debet, vt vult Iustiniani constitutio, Quidni etiam tenebitur is, qui ab initio confessus fuit? An minùs perfidus est qui negare debet: se fideicommissum præstare quod relictum fatetur, quàm si relictum negaret? Aut quid ei prodesse potest ad declinandam perfidiæ inuidiam, quòd nullis vel paucioribus quàm quinque testibus interuenientibus fideicommissum relictum dicat, quod sibi iniunctum esse fateatur? Cur enim testes in fideicommisso probando exiguntur, nisi vt voluntas probetur? Siquidem nulla sollennitas in hoc vltimæ voluntatis genere necessaria est, sed tantùm veritas. Et quod scriptum est in *d. §. vlt. de fideic. hered.* quinque testium numerum in fideicommissis legitimum esse, non eam habet rationem, quasi vel fideicommissa ipsa sint legitima, vel quod effectu idem esset, numerus ille ad sollennitatem actus requiratur. Sed quia iuris constituti, & ex Theodosij constitutione *in l. vlt. §. fin. C. de codicill.* illud est, vt quoties non nisi per testes fideicommissum probatur, pauciores quàm quinque testes non sufficiant, ne

Digitized by Google

quid falsitatis incurrat minore adhibito testium numero, vt Iustinianus noster ratiocinatur *in d.l.vlt.C.de fideic.* Cæterùm ad actum ipsum fideicommissi vtiliter constituendum non esse pro sollennitate necessarium numerum quinque testium, adeóque nec duorum, argumento illud est quod si fortè de testatoris voluntate per ipsius scripturam constet, nihil aliud requirimus, vt heredem vel alium quisquis grauatus est ad fideicommissi solutionem condemnemus. Quod omnium manifestissimè probat ille ipse Iustiniani locus, de quo tractamus *in d. §. vlt.* si quis ea verba bene expendat & *neque ex scriptura, neque ex quinque testium numero possit res manifestari.* Ostendunt enim nõ esse vtrumque necessarium, sed alterutrum sufficere vt vel ex scriptura scilicet ipsius testatoris, (nec enim manu ipsius codicillos scribi prorsus necesse est *l. Diui 6. §. codicillos. D. de iur. codicill.*) vel ex quinque testium numero fideicommissum probetur: quod etiam constat *ex l. cùm pater 77. §. donationis de legat. 2. l. & in epistola 22. C. de fidei.* Cùm fides epistolę constare possit, non modò per pauciores quàm quinque testes, sed etiam sine testibus ex comparatione puta literarum. Quo casu nihil sanè causæ est, cur non præstari debeat fideicommissum, de cuius veritate dubitari non possit: vt alibi pluribus à nobis comprobatum est. Cur non ergo sufficiet conscientia sola relicti fideicommissi per confessionem eius ipsius, qui grauatus est, testata? *l. 2. C. eod. tit. de fideic.* Non equidem sola illa conscientia sufficeret ad præbendam fideicommissario persecutionem, licèt sufficere possit ad dandam ei retentionem vt *in d. l. 2.* Nempe quia probanda necessariò voluntas est ab eo qui fideicommissum petit, quod aduersarius relictum esse negat *l. postquã 5. §. si dies D. vt legat. seu fideic. seruand. caus. caueat.* Probatio autem ex aduersarij conscientia erui nulla potest si non is primùm facto vel dicto aliquo conscientiam suam aperuerit. Sed vbi conscientiam prodidit expressa confessio, nihil aliud inuestigandum supereſt, quod fideicommissi solutionem remorari possit aut debeat, Cùm ab eo tempore aperta esse incipiat perfidia grauati, qui fidem à se datam testatori frangit, & adimplere recusat quod promisit, in quo vno elucet insignis quædam perfidia, Certè multò grauior quàm si negetur data fides, quæ tamen verè data fuit. Idque Iustinianus etiam noster exprimit non obscurè *in d. §. vlt.* cùm ait: *si hæres perfidia tentus adimplere fidem recusat.* Parum enim est ad vitandum perfidiæ crimen, quòd heres fideicommissum à se relictum esse, vel fateatur, vel neget, si non effectu quoque ipso fidem adimpleat, præstando, quod promisit.

ERROR OCTAVVS.

De emendatione dict. §. vlt. Instit. de fideic. hered.

DICERS pro interpretibus, statim sequi apud Iustinianum *negando rem ita esse subsecutam.* Hæc enim verba sunt quæ interpretes fefellisse videntur vt nouam Iustiniani constitutionem coarctandam putauerint ad eum casum quo persona grauata non solum recusat præstare fideicommissum sed etiam relictum neget. Verùm facilis responsio est, Ideò loqui Iustinianum in negante, quoniam in confitente ratio nulla dubitandi occurrere poterat, quin omnino

Digitized by Google

omnino soluere teneretur. In ea náque re quæ ex sola interrogati fide pendeat, quænam obsecro iudicis partes aduersus confitentem esse possunt nisi in condemnando? Nihilne ergo interierit, inquies, an is contra quem de fideicommisso agitur fateatur ab initio relictum esse, an verò postquàm id ipsum iam negauerit? Videtur enim repugnare quod in fine *d. §. vlt.* scriptum est in hęc verba, *Quòd si is à quo relictum dicitur, postquàm negauerit confiteatur quidem aliquid relictum esse sed ad legum subtilitatem recurrat, omnino soluere cogendus est.* Nam quid facerent verba illa *postquam negauerit*, si nihil referret an negasset antea, necne? Et rursum, an non indignior est, qui audiatur recurrens ad subtilitatem legum postquàm negauit, quàm si non negasset? Nam & aliis plerisque iuris partibus sua mendacio pœna constituta est vti ne post mendacium liceat, quod antè licebat *vt in l. vltim. D. de rei vindic. Auth. item possessor C. qui potior. in pignor. hab. cum similib.* At respondeo, quod ad supradicta verba pertinet, suspecta illa esse & supposititia, ideó que in editione emendatiore lineis intercluſa quomodo esse solent quæ ex interpretum glossis in textum irrepserunt. Neque sanè dubium apud me est quin addita sint ab aliquo interprete, qui Ioannis opinionem secutus non aliter cõdemnandum putauit heredem confitentem relictum à se fideicommissum quàm si eiusmodi confessionem præcesserit negatio, cuius odio prohibendus ille sit subinde recurrere ad iuris subtilitatem. Sed ego contrà sit sentio, Iustiniani mentem eam fuisse vt duos tantùm casus distingueret, An scilicet is contra quem de fidei commisso agitur, fideicommissum relictum neget, quod neque per scripturam defuncti, neque per quinque testes probari potest, an fateatur, Vt si neget cogendus sit iurare deferente iusiurandùm actore, nec aliter cogatur soluere quàm si nec iurare velit: si verò fateatur siue antè, siue post inficiationem, omnino cogatur soluere, id est etiamsi iusiurandum de eo nullum ei deferatur. Quid enim necessarium est deferri iusiurandum ei qui iam fateatur? Aut cur minoris momenti erit spontanea confessio, quàm iusiurandum vrgente ac deferente aduersario vel præstitum vel recusatum? An non vtroque casu perinde verum est & testem in causa sua esse & iudicem eum qui siue vltrò, siue coactus iuratúsque confitetur? Quæ tamen Iustiniani ratio est, qua potissimùm mouetur, vt conuentum reum obliget ad solutionem fideicommissi quam recusabat. Sed & illud veriùs dici potest, Tam certum fuisse Iustiniano & indubitatum ius illud, quod nos defendimus, De condemnando ad solutionem herede, qui fideicommissum à se relictum esse fateatur, Vt casum hunc prætermisisse videatur, tanquam de quo non nisi absurdè & ridiculè ferri lex posset, cùm non debeant leges esse de indubitato. Nam *in dict. §. vltim.* iis postremis verbis quæ nos suprà retulimus, Non hoc simpliciter ait, eum à quo relictum dicitur fideicommissum si confiteatur quidem sed ad legum subtilitatem recurrat, omnino soluere cogendum esse, de quo nec anus dubitaret: sed de illo disertè loquitur qui aliquid tantùm à se relictum esse confiteatur, id est minorem quantitatem quàm illa sit quæ petitur, vt intelligamus quod sequitur cogendum eum esse omnino soluere, sic accipi oportere, vt non tantùm eam quam confitetur quantitatem, sed totam illam quæ petitur soluere compellatur. Sic enim explicat illa ipsa Iustiniani constitutio quæ extat *in dict. l. vlt. vers. vel si recusandum existima-*

nerit ſatisfactum, vel certam partem aut quantitatem manifeſtare fideicommiſſario derelictam voluerit (ſic legendum eſt, non vt vulgò *noluerit*) *ſi forſitan maiorem fideicommiſſarius expetat, omnimodo exactioni fideicommiſſi ſubtacere & eum ad ſatisfactionem compelli.* Secundum quam interpretationem ponendum ſemper eſt præcedere delationem iuriſiurandi, quippe quæ non minùs neceſſaria eſt cùm heres minùs relictum eſſe contendit, quàm ſi negaret omnino relictum quicquam fuiſſe, Niſi fideicommiſſarius ea quantitate contentus eſſe malit, quam heres confitetur. Ex eóque magis intelligimus quàm verum ſit, quod modòdicebamus abundare apud Iuſtinianum verba illa *poſtquam negauerit.* Nam & qui pro maiore quantitate conuentus minorem ſolam confitetur, etiam nunc negat reliquam quæ petitur, ſiue antè, ſiue poſt delatum iuſiurandum neget. Quid ergo attinet quærere an negauerit antea necne, cùm adhuc neget? Quòd ſi confiteatur relictum eſſe quicquid & quantumcumque illud eſt, quod petitur, ſiue ante ſiue poſt inficiationem, ſicuti delatio iuriſiurandi non eſt neceſſaria, ita neque Iuſtiniani conſtitutio vlla vt condemnetur ex ſua confeſſione is qui conuenitur. Nec magis permittendum eſt ei qui negare numquam voluit, vt ad legum ſubtilitatem recurrat, quàm ei qui negauit, cùm in fideicommiſſis non de ſubtilitate iuris quærendum ſit ſed de fide data, quam non præſtare perfidi hominis ſit, & à pietatis officio alieni.

ERROR NONVS.

De differentia fideicommiſſi, & alterius cuiuſlibet vltimæ voluntatis. & ad l. ſi veritas 23. C. de fideic.

DIFFICILE tantùm illud videtur, Quo iure poſſit fideicommiſſum peti, aut quo colore ſi neque per ſcripturam probetur, neque per ſufficientem numerum teſtium. Prius ſiquidem eſt vt petatur quàm vt conuentus heres fateatur in iure & apud Prætorem relictum illud eſſe, ſiue in totum ſiue ex parte. Et hinc nimirum apparebit manifeſtiùs quàm diuerſa ratio ſit fideicommiſſi, & alterius cuiuſlibet vltimæ voluntatis. Nam in cæteris vltimis voluntatibus bona obiectio eſt, cùm neque ex teſtamento, neque ex codicillis agi poſſit aut pro legato aut pro hereditaria aliqua portione quin teſtamentum aliquod ſollenne proferatur ex quo actionem prætor dare poſſit, Teſtamentum, inquam ſollenne non quod in ſcriptis factum eſſe neceſſe ſit, ſed quod ſuas habeat ſollennitates ſiue in ſcriptis, ſiue per nuncupationem teſtatus quis proponatur. At fideicommiſſa non per actionem petuntur ſed cognitione Prætoria & implorato auxilio Prætoris fideicommiſſarij, apud quem de voluntate diſceptari poteſt etiamſi neque teſtamentum vllum, neque codicilli, neque teſtes proferantur. Interrogato nimirum hærede an non fidem ſuam teſtatori eam in rem obſtrinxerit, vt vel per ſpontaneam eius confeſſionem, vel ſi neget per delati iuriſiurandi acceptationem.

ptationem aut recusationem res expediatur. Idque est quod noua Iustiniani constitutio potissimùm induxit, cùm anteà ius ita esset, vt si fideicommissum relictum negaretur, non idcirco deferri iusiurandum posset. Fortasse propter metum periurij, cùm credibile esset facilè peieraturum eum, qui tantæ perfidiæ reus aut saltem suspectus iam tum diceretur. Neque tamen similiter vllo iuris loco constitutum videas vt pro legato quod relictum negatur, iusiurandum deferri possit, nempe quia legatum non sicut fideicommissum ex heredis fide pendet, sed ex iuris ratione ac sollennitate, cuius probationem quoque sollemnem ac legitimam esse oportet, in quo tamen numero non magis iusiurandum heredis, quàm nuda ipsius confessio poni potest, tametsi & iusiurandum deferre velit legatarius, & heres iurare: Nisi constet factum fuisse testamentum, & quidem in scriptis, puta ex quo hereditatem adierit ille ipse qui tanquam heres conuenitur, vt non de testamento sed de solo legato controuersia sit. Fieri enim potest interdum euenire, vt amissis tabulis nec apparente testamento legatarium se aliquis dicat, qui tamen testamentum non proferat: quo casu iureiurando rem decidi necesse est: sed deferente herede non legatario, si fortè heres veritus, ne quid faciat cõtra voluntatẽ defuncti aut potiùs vt se litis molestiq; citiùs subtrahat, malit vltrò deferre iusiurandum actori, quàm eum cogere ad scripturæ exhibitionem, quod tamen facere vtique pro suo iure posset *d. l. postquam* 5. §. *si dies D. vt legat. seu fideic. seruand. caus. caueat.* Hoc autem cùm accidit cogitur quidem legatarius iurare vt si iuret, consequatur ex eo testamento legatum, sed si posteà prolato testamento appareat nihil fuisse legatum, erit locus condictioni ne impium lucrum ex periurio suo legatarius retineat, vt idem Iustinianus noster constituit *in l. vltim. C. de reb. credit. & iureiur.* Qua ex lege apparet, si non constet factum esse testamentum in scriptis, non posse de legato quod relictum dicitur iusiurandum deferri, maximè verò per legatarium, quia nec nisi in testamento aut saltem in codicillis testamento confirmatis legatum dari potest, quod nemo de fideicommisso perinde dixerit. Hac verò legati & fideicommissi admissa differentia, non erit difficile respondere ad id quod interpretes obiiciunt ex *d. l. si veritas*, qua potissimùm mouentur, vt dicant heredem confitentem fideicommissum relictum quidem sed minùs sollenniter, si nunquam negauerit relictum esse, neque ad iurandum, neque ad soluendum cogi posse. Dici enim posset loqui eam legem, non de fideicommissis tantùm, sed etiam de legatis, cùm loquatur de relictis in genere, quo nomine legata perinde ac fideicommissa continentur: Itaque ad omnia quidem referri debere quod lex ait si veritas desit relictum non deberi, hoc est si de voluntate non appareat, sed quod additur idem esse si iuris sollennitas desit, ad sola legata pertinere non etiam ad fideicommissa quæ nullam iuris sollennitatem desiderant. Nec minùs verè dici etiam illud posset Iustiniani constitutionem de cuius sententia & interpretatione disputamus, sicuti posterior est, ita nouum ius facere quod Diocletiani ex Maximiani tẽporibus, quorum est *dicta lex si veritas*, nondum obtinebat. Sed tamen illa responsio, magis placet, quam & ex interpretibus plerique probãt quos Bart. refert, vt quod scriptũ est *in d. l. si veritas & in l. ex test. 29. eod. tit.* ad ea demùm fideicõmissa restringatur quæ relicta sũt in testamẽto minùs sollẽni, siue in scriptis

illud fuerit, siue per nuncupationem, quod testator putauerit & voluerit valere: quo casu non magis valere possunt quæ in testamento inutili & inualido relicta sunt, quàm testamẽtum ipsum, nisi à legitimis quoque heredibus fuerint repetita, vt scriptum est *in d.l. ex testamento & in l. generaliter* 24. *§. ex testamento D. de fideic. libert. l. 1. C. eod.* Nam nec alia testatoris voluntas fuisse videtur quàm vt ea quæ in testamento data sunt, ita demùm valeant si testamentum ipsum valeat totum, quia nec pro parte valere potest, si excipias ius nouum ab eodem Iustiniano nostro constitutum *Nouel. 115. vt cùm de appel. cognosc. §. aliud quoque capitulũ*, vnde sumpta est *Auth. ex causa C. de liber. præter.* At cùm extra testamẽtum fidei heredis aut alterius commissum aliquid est ab eo qui neque testamentum, neque codicillos facere, sed tantùm relinquere fideicommissum voluit, eo nimirùm casu Iustiniani constitutio locum habet quæ induxit vt tale fideicommissum quod neque per scripturam, neque per testes probari potest, probetur per heredis aut alterius qui grauatus dicitur, iuramentum.

ERROR DECIMVS.

Quid noui induxerit Iustinianus in l. vlt. C. de fideic.

NEc est quod cum Accursio quis obiiciat contra hanc interpretationẽ quod Iustinianus *in d. §. vlt. De fideic. hered.* loquitur de testatore iis verbis *si testator fidei heredis sui commisit.* Quasi testator esse non possit, nisi vbi testamentum aliquod est. Nam imò verò testatorem aliquando generalinomine dicimus omnem eum, qui decedit cum aliqua vltima voluntate, licèt decesserit intestatus: Atque ita Iustinianum accipiendum esse non melius probare possim quàm ex eiusdem ipsius Iustiniani verbis *in d. l. vlt. C. de fideic.* vbi scriptum est *si sine scriptura, & sine testibus fideicommisso derelicto.* Quis enim vnquam dixit fieri posse testamentum sine scriptura & sine testibus? Neque aliter rursum idem Iustin. *in d. §. vlt. & neque ex scriptura, neque ex quinque testium numero posßut res manifestari*: cùm enim nõ id egit testator vt sollenniter testaretur, nec vt codicillos faceret, nulla subest coniectura voluntatis propter quam dicendum sit ex tacita eius voluntate fideicommissum corruere quod per se subsistere voluit, nullo alio adminiculo, nullisque aliunde probationibus suffultum. Quamquam non eo magis tale fideicommissum valeret sine scriptura & sine testibus relictum, si noua Iustiniani constitutio ius hoc non induxisset, antequam inauditum sanè fuit vt valeret fideicommissum quod neque per scripturam, neque per testes probaretur. Neque ab hac nostra sententia Bartolus ipse alienus est, nisi quod in eo errat cum cæteris omnibus quod fideicommissa non distinguit hac parte à legatis, ait enim Ex voluntate minùs sollenni (Adde, quam nec sollennem esse testator voluit) legata & fideicommissa deberi. Et iterum, Notabilem esse legem illam ad hoc quod quando testator sollenniter testari noluit sed confidit de fide heredis heres tenetur ad præstationem illius legati & ciuiliter & naturaliter. Quæ tamen sententia sicut in fideicommisso vera est, ita in legato falsa. Nam 1. ec legatum dici potest, quod heredis fidei committitur, sed fideicommissum,

cùm

Digitized by Google

cùm ab heredum fide fideicõmissa omnia & nomen & substantiam acceperint vt ex Iustiniano iam diximus. Ideóque non imperatiuis verbis vt legata sed precatiuis fideicõmissa relinquũtur vt Vlp. scribit *in regul. tutul. De legat.* Neque quod idem Iustinianus noster legata fideicommissis per omnia exæquauerit *in l. 2 C. commun. de legat.* tam generaliter accipiendum est, vt ex eo fœda & nominum & rerum confusio inducatur, quomodo sanè induceretur si promiscuè legatum quodlibet pro fideicommisso, & vicissim fideicommissum quodlibet pro legato acciperetur. Fateor iura legatorum & fideicommissorum exæquata esse, iámque tum fuisse cùm de solis fideicommissis Iustinianus locutus est *in d. §. vlt. de fideicom. hered.* vt constat *ex §. sed non vsque instit. de legat.* Sed hoc quantum ad legata & fideicommissa valida, & in sollenni aliqua voluntate relicta, non etiam quantum ad ea fideicommissa de quibus agimus, id est quæ nec per scripturam nec per testes relicta sint sed quæ ex mera solàque heredis aut legatarij aut fideicommissarij grauati fide pendeãt, id est ad quorum præstationem is qui grauatus est fidem suam obstrinxerit. Non enim de aliis fideicommissis loqui constitutionem, & interpretes ipsi ferè omnes fatentur, & liquet satis ex verbis constitutionis, quæ non alia ratione nititur, quàm quòd heredis fides & religio electa sit, nec ei permitti debeat vt fidem quam dedit, fallat. Itaque non sufficiet allegari à fideicommissario, quòd sibi relictum sit fideicommissum, si non etiam alleget datam fidem ab eo à quo fideicõmissum petit, vt appareat nõ minùs de grauati perfidia quàm de fideicommisso tractari, ne alioqui nouæ constitutioni locus non fiat: Nec si actor præterea dicat, non esse heredem aut alium grauatum nescium voluntatis defuncti quam is fortè declarauerit in præsentia testium, vel pauciorum quàm quinque vel nunc mortuorum. Neque enim fideicommissi conscientia posset sufficere quam perfidia non comitaretur, adeò vt iuramentum purgationis non solùm sufficiat eo casu, vt Baldus voluit, sed neque necessarium sit. Perfidiam autem in proposito non ex eo solo æstimamus si testatoris voluntati non satisfiat, sed si data testatoris fides violetur: quam proinde datam esse allegandum est, priusquàm is contra quem agitur perfidię reus dici possit. Et sic nouam hanc Iustiniani constitutionem accipiendam esse non dubitamus, vt quod ille ait se constituere ad exemplum Augusti, qui primus fideicommissa traxerat ad necessitatem iuris, cùm anteà ex heredum fide ac pudore omnino penderent, de iis ipsis fideicommissis solis accipiatur, quæ nec post illam Augusti legem peti hodie possent si non superasset Augustum Iustinianus in ampliando fauore fideicommissorum. Probationes enim relicti fideicommissi non modò aliquas sed etiam certas & indubitatas Augustus exigebat vt ad fideicommissi præstationem vrgeri posset is, qui fidem suam dedisse dicebatur, neque permittebat vt ea de re iusiurandum deferretur. At Iustinianus sola fideicõmissarij allegatione contentus est, vt eum cuius fides & religio electa fuit, adigat ad iusiurandum vel suscipiendum vel recusandum ni soluere paratus sit: Eo nimirum solo casu quo non solùm dicat fideicommissarius relictum sibi esse fideicommissum, sed etiam, quod præcipuum est, Datam fidem ab eo contra quem agitur de fideicommisso præstando, Datam, inquam, non modò testatori, sed etiam quod nemo obseruat, ipsi quoque fideicommissario. Id enim est quod lex ait *cuius religio & fides à fideicommissario electa est.* Duplex namque perfidia huius est qui fidem dederat duobus, vt v-

trumque deciperet, indéque est fortasse, quod singulari quodam iure huiusmodi iusiurãdũ à fideicõmissario delatũ referri ei nõ potest, sed omnimodo iurare cogitur is qui fidẽ de isse dicitur aut recusare aut soluere: cùm in cęteris causis manifestæ turpitudinis non sit nolle iurare, si modò iusiurandum referatur. *vulg. l. manifestæ* 38. *D. de iureiur.* Illud sanè ad inducendam nouæ constitutionis potestatẽ non exigemus, vt qui fideicommissum reliquit, intestatus decesserit. Nihil enim refert an testamẽtum aliquod factum sit, necne, etiam sollenniter, an minùs solléniter, dummodò fideicommissum quod petitur non in testamento relictum sit sed extra testamentum sine scriptura & sine testibus, sola grauati fide subnixum, quam is præstiterit & testatori & fideicommissario, Ne per calumniam videatur deferri iusiurandum ab eo qui neque per se, neque per alios sciat quod inter defunctum & heredem aliúmve oneratum quemlibet, scieretò gestum esse adfirmet.

ANTONII FABRI I. C. SEBVSIANISE- NATORIS SABAVDIENSIS, ET IN GEBENNENSIS DVCATVS AVDITORIO PRAESIDIS,

DE ERROR. PRAGMAT. ET INTERPR. IVR. DECAS LXVIII.

ERROR PRIMVS.

De reuocatione testamenti in scriptis per posterius nuncupatiuum. Ad l. nolumus 20. C. de testam.

CONSTITVTIO est Imperatorum Honorij & Theodosij, cuius tres allatas video interpretationes. Prima fuit Accursij, sic intelligentis, vt testamentum in scriptis sollenniter conditum non possit reuocari per aliud posterius testamentum nuncupatiuum, quod non sit sollenne, tametsi Princeps aut quis alius ex potentioribus in eo fuerit institutus. Secunda Bartoli quam & ex

ex recentioribus nonnulli probant, vt testamentum quidem in scriptis alio solenniter facto tolli possit: Nuncupatiuo autem quantumuis solenni non possit, etiamsi in posteriore testamento Princeps, aut potentior aliquis heres scriptus sit. Tertia est cæterorum ferè omnium iuris interpretum, vt quamuis per nuncupatiuum testamentum ritè factum perinde ac per solenne in scriptis conditum reuocari possit prius, quod in scriptis ac solenniter celebratum fuerat, Aliud tamen obtineat quoties in posteriore aut Princeps aut alius quispiam potentior inuenitur, ne falsi comminiscendi materiam ea res præbeat, si fortè testes adsint, qui vt Principi, aut alij potentiori blandiantur, testimonium ferre parati sint de Principis, aut alterius potentioris institutione ad priorem quantumlibet solennem voluntatem euertendam. Prima interpretatio parem facit Principis ac cæterorum omnium condicionem, vt neque deterior sit, neque melior ad tuendum testamentum, de quo in aliorum personis dubitari non posset, quin nullius esset momenti. Nemo enim dixerit testamentum solenne prius, reuocari posse per posterius quod non sit solenne, sed ita demum si posterius valeat ipso iure §. *posteriore Inst. quib. mod. testam. infirm. l. si quis priore* 29. *D. ad SC. Trebell.* Secunda verò interpretatio similiter quidem facit parem Principis & cæterorum omnium condicionem, sed in eo durius agit cum Principe, quòd non patitur vt melior eius condicio sit, non magis cùm posterius testamentum valet in quo Princeps institutus est, quàm si non valeret: Cùm tamen minùs inuidiosum videatur si quis dicat euerti testamentum in scriptis per posterius nuncupatiuum ritè ac solenniter factum singulari quodam iure ac fauore Principis, quàm si de posteriore testamento inualido ageretur. Haberet enim illo casu fauor Principis comitem iniuriam, cuius nulla suspicio est cùm posterius testamentum valet, neque aut litis causa aut qua alia mala mente factum dici potest. At tertia interpretatio deteriorem facit causam Principis, quàm cæterorum, denegata Principi facultate succedendi ex posteriore testamento nuncupatiuo quantumlibet solenni, ex quo alius quilibet institutus succederet, dum ne ex potentioribus esset. Distinxi autem Bartoli interpretationem quasi diuersam ab interpretatione Accursij, contrà quàm fieri soleat à vulgo interpretum qui vtramque pro vna habent, quasi Bartolus non de alio testamenti nuncupatiui genere senserit quàm de quo Accursius, id est quod sit non solenne. Cùm tamen Bartolus non de testamento non solenni loquatur, sed de minùs solenni: quod longè diuersum est, Nuncupatiuum enim tum quoque cùm solenniter factum fuit, semper tamen minùs solenne est quàm quod in scriptis ritè factùm proponitur: Propterea quòd longè plures solennitates exiguntur vt quis in scriptis testetur, quàm vt per nuncupationem, adeò vt ob hanc causam testamentum quod sit per scripturam ἐμφατικῶς solenne dicatur, ad differentiam nuncupatiui, quod nulla formali obseruatione indigere creditur, acsi nullam penitus solennitatem exigeret, quamuis non minùs in eo necessarius sit numerus septem testium puberum, ciuium Romanorum, & rogatorum *l. in testamentis* 26. *C. de testamen.* §. *vltim. & passim tot. titul. Inst. de testamen. ordin.* Etsi autem non ignoro, etiam apud Bartolum dici plerumque minùs solenne testamentum esse quod nullomodo solenne est, in proposito tamen vt exactius ista distingui

debeant illud facit, quod non abs re possit quis existimare, Iuris rationi consentaneum esse, nulla quoque in eam rem interueniente constitutione, vt testamentum in scriptis & sollenniter conditum non nisi alio æquè sollenni testamento posteriore reuocari possit, Ex vulgari fere eque perpetua illa iuris regula, quæ nihil tam naturale esse ait quàm vt vnumquódque dissoluatur eo ipso modo quo colligatum est. Inde namque fit vt re obligatio contracta, re tantùm dissolui possit, quemadmodum nec nisi verbis contractus qui verbis initus est si non id ipsum quod debetur soluatur: Denique nudo dissensu, quod nudo consensu contractum fuerat, vt scriptum est *in l. prout* 80. *D. de solut.* Quò etiam respexisse videtur Iustinianus *in l. testium facilitatem* 77. *C. de testib.* vbi constituit vt qui ex contractu in scriptis celebrato conuenitur, solutionem allegare nullam possit nisi quam vel in scriptis similiter probet, vel saltem per quinque testes idoneos, cùm extra hanc causam certum sit sufficere duos posse. Quidni ergo perinde dicere liceat, Non esse ferendum vt sollenne testamentum in scriptis & cum tanta obseruatione conditum, per aliud posterius dici possit reuocatum si non eædem sollennitates in posteriore interuenerint quæ in priore? Nam quod vulgò nostri obiiciunt non minùs valere testamentum nuncupatiuum iure ciuili, quàm quod in scriptis factum est *d. §. vlt. Inst. de testam. ordin. l. hac consultissima* 21. *§. per nuncupationem C. eod.* facilem habet responsionem. Verum quidem id esse hactenus vt testatus quis dici possit, ad excludendam scilicet spem legitimæ successionis, sed non ad euertendum æquè testamentum sollenne, quod cum tanta sollennitatum obseruatione prius factum probetur *arg. l. si quando* 35. *in princip. C. de inoff. testam.* Difficilius siquidem est vt testamētum ritè factū per posterius subuertatur, quàm vt intestati successio impediatur. Maximè verò probabilis videtur hæc sententia, si ponas posteriore testamento nullam prioris mentionem factam esse, scriptósque in posteriore alios heredes quorum causa minùs fauorabilis videri debeat quàm eorum qui in priore instituti reperiuntur. Tùm enim iusta subest suspicio, vel corruptionis testium, per quos testamenti nuncupatiui fides adstruitur, vel retentæ prioris voluntatis quasi facto per alicuius importunitatem & suggestionem posteriore testamento per quod non declarauerit testator velle se recessum à priore si prioris illius voluntatis meminerat: Aut etiam quasi posterius testamentum factum sit per obliuionem prioris. Quæ obliuio non est modus faciendi irritum prius testamentum, sed potiùs confirmandi, ne testator reuocandi eius animum videri possit habuisse, cuius nec meminit. Atqui nemo vnquam dixit posse reuocari testamentum sine animo reuocandi. Prius ergo est vt probetur testator memoriam habuisse prioris testamenti, quàm vt dici possit vel reuocasse illud, vel reuocare voluisse. Quamuis in defuncti voluntate interpretanda circa legata, vel fideicommissa quæ ex voluntate nuda æstimantur, potior esse soleat causa posterioris scripturæ post obliuionem prioris factæ, *vt in l. Seia* 20. *D. de instr. & instr. legat. in princip.* Facilè autem obliuio præsumitur non modò si post decennium quis testetur vt *in l. sanximus* 27. *C. de testam.* sed & si testetur, quod plerique faciunt, in ipso mortis articulo, & eo tempore quo humana fragilitas mortis cogitatione turbata memoriam præteritorum retinere non potest *l. hac consultissima* 8. *§. at cùm humana fragilitas C. qui testam facer. poss.* Sed neque vult omnimodo reuocare prius testamentum ille qui posterius facit, at

ita

ita demùm si posterius valeat *l. si iure 18. de leg. 3.* Necesse igitur est vt prioris meminerit ad illud siue expresse siue tacitè reuocâdũ. Nec leue pro huius sententię cõfirmatione argumẽtum sumi ex eo potest, ꝙ scriptũ est *in homnium 19. eod. tit.* quę alia eorũdẽ Imperatorũ cõstitutio est, si quis successorẽ suũ oblatis Principi precib⁹ declarauerit, nõ eò minùs valere testamẽtũ tanquã ritè ac sollẽniter factũ, ꝙ Princeps nihil ad eas preces aut rescripserit, aut respõderit. Cuius rei rationẽ Imperatores subiicĩũt, qđ voluntates hominũ audire velint nõ iubere, *Ne post sententiã nostrã*, inquiũt, *inhibitum videatur cõmutationis arbitriũ*. Illa enim ratio subesse videbatur, quòd si Principis cõsensus expressus ad testãtis preces accederet, eãdẽ sollẽnitatẽ in reuocãdo quoq; testamẽto adhiberi oporteret, vt eodẽ modo dissolueretur, quo cõstitutũ esset. Vi sumq; est Imperatorib⁹, õgè cõmodius, & à iuris ratione minùs alienũ, vt expressus Principis cõsensus nõ adhibeatur in eo testamẽtorũ genere, q̃ vt vbi adhibit⁹ fuerit, eius testamẽti reuocatio inaudito & irrequisito Principe permittatur. Adeò verũ est quod dicimus easdẽ sollẽnitates in posteriore testamẽto necessarias esse ad prius reuocãdũ quæ adhibitæ in priore & adhibẽdæ necessariò fuerunt. Accedat, ꝙ vix vllus in toto iure locus proferri possit quo probetur tractasse vnquã iurecõsultos aut Imperatores de testamẽto sollẽni ac per scripturã cõdito per nũcupationẽ reuocato. Tractãt enim sẽper de tabulis, nec priores legitimè factas aliter irritas fieri patiũtur, quàm si sequẽtes iure ordinatæ & perfectæ fuerint, vt loquitur Pertinacis Imperatoris oratio quã Iustinianus refert *in §. pen. Inst. quib. mod. testam. infir.* Possitq; fortasse quis nõ improbabiliter existimare hoc ipsum esse qđ Iustinianus noster significare voluit *in §. sed et si quis eod. tit. si quis priore testamẽto iure perfecto posterius æquè iure fecerit.* Quid enim aliud sibi volũt verba illa *æquè iure*, q̃ si scriptũ esset *æquali iuris sollennitate.* Tractari autẽ eo loco de testamẽto in scriptis apparet ex sequentibus verbis eius §. *& l. si quis priore 29. D. ad SC. Trebel.* vnde locus ille sumptus est, vbi agitur de heredib⁹ scriptis, aliis quidẽ in priore, alio verò in posteriore testamẽto. Mihi tamẽ subtilius totã rẽ hãc ęstimãti probabilius videtur vt ad testamẽtũ sollẽne qđ in scriptis factũ fuerat, reuocãdũ nõ minor potestas sit testamẽti posterioris per nũcupationẽ conditi, quàm si æquè in scriptis factũ esset, In eoq; cõuenit mihi cũ frequentiore schola interpretũ, sed cũ hac tamẽ differẽtia, quòd si posterius per sollennẽ scripturam factũ sit, omnimodo prius reuocatur & ipso iure, tametsi nulla eius mẽtio facta sit in posteriore, Si verò per nũcupationẽ tãtùm posteriore loco quis testatus sit, nõ aliter reuocatũ intelligatur prius testamẽtũ per posterius quàm si expressa prioris reuocatio in posteriore cõtineatur, Quod nescio an ex interpretibus quisquã in hũc diẽ ante me dixerit. Ac prioris quidẽ propositionis non obscurã probationẽ adfert hæc ipsa cõstitutio de cuius sententia nunc disputamus, In qua negari non potest, quin agatur de eo testatore, qui priorẽ suã volũtatẽ in scriptis & sollẽniter declaratã reuocasse dicatur nuda voce, id est nulla scriptura interueniẽte, sed adhibitis tãtùm testibus ad vocẽ audiendã, probandãq;. Quo testãdi genere nõ aliud demõstratũ videri p̃ test, quàm quod nos nũcupatiuũ testamentũ appellamus. Quid verò attinebat constitutionẽ in id edere, per quã prohiberẽtur iudices hoc casu testimonia huiusmodi admittere si iuris ratio faceret vt iis etiã admissis nihilominùs testamentũ prius in scriptis conditũ subsisteret, neq; per subsequentẽ nũcupationẽ quantũlibet sollennẽ reuocatum videretur? Dices fortasse, Necessariã fuisse con-

Digitized by Google

ſtitutionē nouā, Ne alioqui potuiſſet dubitari An fauor Principis cōtrarium ius elicere deberet, vt per talē nuncupationē hoc vno caſu non etiá alio vllo prius teſtamentū ſollēne reuocari poſſet, Legibus licèt reluctātibus, quibus ſolutos eſſe Principes non dubitatur, verùm ne hoc dici poſſit, illud impedit qđ non tātùm de Principe inſtituto loquitur cōſtitutio, ſed etiā de alio quolibet priuato qui ſit ex potentioribus. Sic enim lex habet: *Nemo itaq; noſtrum vel potentiū nomen horreſcat:* & rurſum in poſtremis verbis *noſtro vel etiam priuatorum potentium nomine.* Quis verò tā ſtupidus fuiſſet, vt potentiori vllī priuato indulgendū putaſſet idipſum quod Principi ad inducendā reuocationē teſtamēti ſollēnis per nuncupatiuū poſterius, ſi ius cōmune prohiberet? Sed & iā antè Theodoſiū Imperator Pertinax cōſtituerat, & ſupradicta oratione, quam ex Iuſtiniano retulimus, expreſſerat, Nunquā ſe admiſſurū ex nuda voce nomē heredis, Quemadmodū refert Iuſtinianus *in §. vlt. eod. tit. quib. mod. teſtam infirm.* Quantò minùs admiſiſſet hereditatē ex teſtamēto nuncupatiuo per quod ruptū diceretur prius teſtamentū in ſcriptis factū? Idq; adeò certū eſt vt non tam negari poſſit, quàm de illo dubitari, quid noui ab Honorio & Theodoſio inductū ſit quod ad Principē attinet *in d. l. nolumus.* De quo in ſequentibus dicemus. Addo quod ſcriptū eſt *in Auth. hoc inter liberos C. de teſtam.* teſtamentū à parente in ſcriptis inter liberos factum adhibita ſollēnitate de qua in præcedēte *Auth. quod ſine eod. tit.* licèt habeat tacitam clauſulā derogatoriam, reuocari tamen expreſſim poſſe per ſubſequentem contrariam voluntatem ſiue in ſcriptis, ſiue ſine ſcriptis, perfectam. Etſi poſſet reſponderi eo loco agi de teſtamento inter liberos minùs ſollenni quod non vt teſtamētum, ſed vt voluntas inteſtati defenditur, vt ſcripſi *in Err. 3. Dec. 35.*

ERROR SECVNDVS.

De facienda mētione prioris teſtamēti quod reuocatur per poſterius minùs ſollēne.

ILLVD ergo pro indubitato habeamus, Poſſe teſtamentū ſollenne in ſcriptis cōditū reuocari per poſterius nuncupatiuū ipſo iure, dum ne Princeps aut priuatus aliquis potentior in poſteriore nominatus proponatur. Quæ tertia & haud dubiè verior noſtrorū ferè omniū interpretū, ſi Accurſium & Bartolum excipias, interpretatio eſt. Sed quod ex ſentētia noſtra addimus quodq; cæteri omnes prætermittunt, ita demū id verū eſſe ſi prioris teſtamēti facta mētio ſit in poſteriore, videamus vnde probari poſſit. Primùm autē me vt ita ſentiā mouet ratio illa, ſiue iuris dicere lubeat, ſiue potiùs voluntatis, quòd nō facilè credēdus ſit prudēs teſtator ab eo teſtamēto, quod cū tanta ſollennitate fecerit per ſcripturā, nec vnquā cācellauerit, recedere voluiſſe, nulla præſertim volūtatis mutādę cauſa extrinſecus ſuperueniē te. *arg. d. l. ſi quando 35. C. de inoff. teſtam.* Adieci *nec vnquā cancellauerit*, quia teſtamēto per ipſum teſtatorē cācellato dubitandi cauſa ſupereſſe nulla poteſt quin à tota volūtate quæ eo teſtamēto cōtinebatur, recedere voluerit is qui teſtamentū cācellauit, ſicut è cōtrario expreſſa prioris teſtamēti reuocatio ꝑ cācellationē eſſe poteſt, cùm nihil referat an verbis, an factis volūtas declaretur. Et ob id nimirū magna iuſtaq; præſumptio eſt ꝙ noluerit teſtator irritas eſſe tabulas, quas cùm incidere poſſet ac cācellare, penes ſe integras retinuit nō inciſas, nec cācellatas nec expreſſim reuocatas *arg. l. qui ex liberis 11. §. teſtamento de bon. poſſ. ſecund.* Et apertius *Nouell. 107. De teſt. imperf. §. etſi quidem* iis verbis

verbis *cui licuit rūpere quod factū est & aliā facere voluntatē &c.* Nec est quod replices, satis videri testatorē facto ipso volūtatē suā declarare q̄ nolit prius testamentū valere cū aliud posterius cōdit, licēt nō nisi per nuncupationem: Quādoquidē scit aut scire debet non posse quemquā in paganis decedere cū duobus testamētis. Nā respondebo primùm, non esse locū huic replicationi, cùm testamētū posterius factū est per obliuionē prioris, quod necessariò p̄sumendū est, quoties in posteriore testamento nulla mentio sit, prioris non cancellati & sollennioris, vt suprà diximus. Dices testamentū ritè conditum legē quādam esse, nec minoris authoritatis ita volēte populo quàm si ab ipso populo lata esset. Atqui per sequentē legem contrariā, omnimodo, & indistinctè tolli priorem: Nimirum, quòd nō possit populus priorem aut ignorare aut obliuisci, quorū vtrumq; in testatore diuersum est. Quamquam nec facile est, vt lex vlla posterior abroget priorē cuius non aliqua mentio facta sit in roganda posteriore, licēt verbis posterioris legis circumscribi soleat mētio prioris, propter breuitatē quæ in conscribendis legibus seruāda est ad maiorē earū maiestatē. Neq; rursum vna lex facilè sollēnior est altera. Deinde respondeo non esse nouū vt in priore testamento subintelligatur clausula derogatoria, quæ posterius non aliter valere patiatur, quàm si prioris mētio & reuocatio expressim facta sit, Quomodo tradere nostri solent de testamēto inter liberos, de quo *in dict. Auth. hoc inter liberos. C. eod tit. de testam.* sumpta *ex d. Nouell.* 107. *De test. imperf. cap.* 2. itemq; de testamēto in quo pia causa instituta fuit. Quidni ergo similiter dicemus, in omni testamento sollenni & in scriptis facto subintelligi clausulā derogatoriam, Si non ad obligandum simpliciter testatorē ne prius testamentum reuocare aliter possit per posterius, quàm si prioris expressim mentionem fecerit, saltem hactenus vt ea expressio necessaria sit si reuocare prius velit per posterius non æquè sollenne. Nam si ponas posterius æquè sollenniter & in scriptis factū esse, faciliùs quis admittat, Prius ipso iure reuocatū esse, quamuis nulla eius mentio facta sit in posteriore, dum ne prioris obliuio interuenerit. Cessat enim hoc casu ratio illa superiùs à nobis allata, quæ vult omnia dissolui eo modo, quo colligata sunt: sicut & cessare illā credendū est cùm prius testamentum nuncupatiuum fuit, posterius autē sollenne: & in scriptis, vt probari non inelegāter potest ex *l. vlt. D. de iur. codicill.* quia quod sollenne est licēt specie differat à nuncupatiuo eadem vtique sollennitates habet quas nuncupatiuum exigit si tollas nuncupationem, quæ ipsa tamen in scriptura eminenter continetur, quoniam plus quàm nuncupat qui heredis nomen vel scribit vel dictat. Mouent me secundò verba illa huius constitutionis *tanquam patrimonium suum ad nos deficiens maluerit pertinere.* Quid enim aliud est quod ait *maluerit*, quàm quod volumus, expressim factam à testatore mentionem prioris voluntatis? Nam nec maluisse quisquam dici potest, nisi ex comparatione & antithesi voluntatis alicuius contrariæ: Et qui dicit malle se habere Principem heredem cùm iam alium priore testamento scripsisset, vtique necesse est vt vel addat vel intelligat, Malle se habere Principem heredem quàm alium illum priore testamento institutum. Mouet me postremò quod scriptum video *in l. sancimus* 27. *eod. titul.* testamentum legitimè ac in scriptis conditum, non ex solo decennij lapsu reuocari, sed ita demùm si testator in medio tempore contrariam voluntatem ostenderit dicendo nolle se prius testamentum stare, dummodo vel perfectis-

Digitized by Google

simo testamento posteriore id declarauerit, vel adhibitis saltem tribus testibus aut apud acta voluntatem suam manifestauerit. Nam si tũ quoque cùm à tempore conditi testamenti decennium effluxit ex quo facilè præsumitur obliuio, prioris tamen testamenti mentio facienda est, vt reuocatum videri possit, quantò minùs reuocatum intelligi debet id cuius testator oblitus nõ sit, & quod non nisi paucis antè mensibus vel annis factum fuerit? Huic enim testatori magis potest imputari cur voluntatem priorem cuius meminerat non expressim reuocauerit, quàm ei qui prioris testamenti oblitus iterum testatur, nulla eius mentione facta. Neque verò contrariam voluntatem declarat, sed aliam potiùs & nouam facit, qui posterius testamentum minùs sollenne condit si non adiiciat expressim, pœnitere se prioris & sollennioris testamenti: Adeò vt nec putem sufficere debere generalem illam reuocationem, quæ hodie in testamentis ferè omnibus passim solet inseri ex stylo Notariorum potiùs quàm ex voluntate testantium, & per quam reuocantur quotquot præcesserunt eiusdem hominis testamenta. Nam quẽadmodum superuacua est illa cautio cùm posterius testamentum tale sit, vt possit rumpere prius ipso iure, ita inanis est nullúmque effectum habere potest si quid impediat ne per posterius testamentum prius reuocetur: Est autem quod impediat, cùm prioris testamenti sollennioris expressim, & explicitè facta mentio nulla est ab ipso testatore, quamuis facta sit à notario. Errorem verò & insciciam stylúmq; notariorum nostrorum illud omnium apertissimè detegit, quòd tùm quoque, cùm in fine testamẽti adiicit clausulam illam generalis reuocationis, præfantur tamen initio instrumẽti factum esse à testatore testamentum ne intestatus moreretur. Quasi potuerit vereri ne decederet intestatus qui aliud testamentum iam à se sollenniter & ritè factum sciret, ac meminisset. Cúmque omnes qui testantur necesse sit ideò testari vt vel legitimam intestati successionem excludant, vel prius testamentum quod iam fecerunt reuocent, nec possit idem testator in eodem testamento condendo vtramque mentem illam gerere, consequens est vt nihil minùs cogitet quàm de priore testamento reuocando, quisquis simpliciter testatur, nulla prioris testamẽti facta mẽtione, maximè verò si qua causa sit præsumẽdę obliuionis. Sed fiẽt ista apertiora ex iis quę mox subiiciemus.

ERROR TERTIVS.

De Pertinacis oratione de qua in §. penult. & vlt. Inst. quib. mod. testam. infirm. Ad l. cùm heredes 7. C. qui test. fac. poss. l. non dubium 16. C. de testam.

PERTINACIS Imperatoris oratio quã Iustinianus refert *in §. penult. & vlt. Inst. quib. mod. testam. infirm.* duo habuit capita. Primum illud de quo *in d. §. penult.* vt si quis post factum prius testamentum posterius facere cœperit & aut mortalitate præuentus, aut quia eius rei eum pœnituit, non perfecerit, priores tabulæ iure factæ non aliàs irritæ fiant, quàm si sequentes iure ordinatæ & perfectæ fuerint: Alterum de quo *in d. §. vlt.* quo expresserat optimus Imperator non admissurum se hereditatem eius qui litis causa Principem heredem reliquisset. Neque tabulas non legitimè factas in quibus ipse ob eam causam heres institutus erat probaturum, neque ex nuda voce heredis nomẽ admissurum, neque ex vlla scriptura

ptura cui iuris authoritas desit, aliquid adepturum. Prius caput ad eam quæstionem pertinet quam nos superiore capite tractauimus. De priore testamento per posterius reuocando, Præbétque non leue argumentum, eam fuisse Imperatoris sententiam vt testamentum sollenne in scriptis factum non aliter posset reuocari quàm per aliud testamentum æquè sollenniter & in scriptis celebratum, loquitur enim oratio de tabulis & prioribus & posterioribus vtrisque iure factis & perfectis. Et quanquam dici potest ita locutum Imperatorem ad exclusionem tabularum sequentium imperfectarum, vt ratio illa subiecta demonstrat; *nam imperfectum testamentum siue dubio nullum est*, nō ad exclusionē testamēti nuncupatiui, quod ipsum per se ac sine scripto perfectissimum iure ciuili firmúmque esse potest *§. vlt. inst. de testam. ordin.* Sequentia tamen ostendunt non maiorem habitam fuisse ab Imperatore rationem testamenti nuncupatiui, perfecti quàm testamenti in scriptis imperfecti. Cùm pari iure censeri voluerit Imperatorem scriptum in tabulis non legitime factis, & Imperatorem institutum nuda voce, id est in testamento nuncupatiuo quantumlibet perfecto. Hoc verò secundum supradictæ orationis caput est, de cuius potissimùm interpretatione nunc agemus. Nudam enim vocem apud Iustinianum intelligo, non quæ suis destituta sit sollennitatibus, quas etiam nuncupatiuum testamentum requirit, de quibus *in l. in testamento 26. eod. titul.* sed quæ careat scriptura, nec aliter quàm per testes probari possit: in quo valdè imprudenter errauit Accursius, qui eorum verborum hunc sensum esse putat, vt ne quidem nudum nomen heredis velit sibi adrogare Imperator ex testamento minùs sollenni. Nec enim nudum nomen dixit Imper. sed nomen heredis ex nuda voce. Itaque siue proponeretur Imperator scriptus in legitimis quidem tabulis, sed tamen litis causa, siue non litis quidem causa, sed tamen in tabulis non legitimè factis, siue denique institutus nuda voce testatoris, id est extra tabulas & per nuncupationem siue perfectam, siue imperfectam, Nolebat optimus Imperator quicquā lucri & commodi ex eiusmodi institutione obtinere, præsertim quod ad ius & nomen heredis pertineret. Nam de legatis & fideicommissis extra testamentum relictis eadem oratio posteà cauebat iis verbis. *Neque ex vlla scriptura, cui iuris authoritas desit, aliquid adepturum.* Cùm enim de testamento, & hereditate iam locuta esset oratio, & omnes casus comprehendisset quibus poterat Imperatori hereditas in testamento dari, reliquum erat vt de legatis quoque ac fideicommissis separatim & extra tabulas relictis aliquid adderet. Nec probabile est quod idem Accursius noster supradicta verba interpretatur de testamento minùs sollenni, & in quo aliquid desit ex sollennibus. De testamento enim tam in scriptis, quàm nuncupatiue, & tam perfecto, quàm imperfecto iam satis dictum erat in præcedentibus, nec potuit quicquam adiici citra insulsam repetitionem. Dicendum potiùs est iis verbis significari, codicillos, epistolas, & alias eiusmodi scriptoras quæ iuris authoritatem nullam habent & per quas tamen fideicommissa saltem relinqui posse non ambigitur. Certum námque est & in confesso, ius illud aliquando obtinuisse vt Principes neque ex codicillis, neque ex epistolis fideicommissa admitterent vt constat *ex l. 2. C. Theod. de testam. & codicill.* Quod tamen quantum ad codicillos pertinet, de iis accipiendum videtur, qui ab intestato facti sint, non de iis qui ex testamento: Qui enim siue anteriore, siue posteriore testamento confirmati sunt, non

carent iuris authoritate, cùm sequantur ius testamenti à quo pendent *l. 3. §. vlt. l. ab init stato* 16. *in fin. iunct. l. 2. §. codicillorum D. de iur. codicill.* Proinde quemadmodum testatori cuilibet semper licuit hereditatem Imperatori relinquere testamento in scriptis, & sollenniter condito, *l. si quis Imperatorem 6. & seq. C. qui testam. facer. poss. l. ex imperfecto 3. l. non dubium* 16. *C. de testam.* ita nec dubitandum est quin & legata & fideicommissa perinde licuerit relinquere Imperatori in codicillis testamento confirmatis, cùm perinde habeantur illa acsi in ipso sollenni testamento relicta essent *d. §. codicillorum l. si ita scripsero* 38. *D. de condic. & demonstr.* In eóque minor sane fuit potestas codicillorum ab intestato scriptorum, qui sicut ex nullo testamento pendere possunt, ita neque iuris authoritatem vllam habent, vt & Iustinianus noster fatetur *in Instit. titul. De codicill.* Vnde etiam est quod legata in iis relinqui nulla possunt quomodo possent in codicillis testamento confirmatis *l. vlt. D. de iur. codicill.* sed fideicommissa duntaxat *l. sed 3. §. ratiam eod. titul.* Vulgo tamen creditum est, & quod magis miror ab ipso etiam Iacob. Cuiacio *lib. 5. Obser. cap. 7.* paullatim derogatum esse huic iuri quod Pertinacis oratio primùm induxerat & ex posteriore Imperatoris Valentis constitutione quæ extat *in l. cùm heredes 7. C. qui testam. facer. poss.* cœpisse tandem obtinere vt ex codicillis quoque & fideicommissariis epistolis Imperatori relinqui posset, quod & sequentes Imperatores Gratianus, Valentinianus, & Theodosius confirmasse videntur *in d. l. non dubium* 16. *C. de testam.* Mihi tamen aliud iudicium est, qui video *in d. l. cùm heredes*, non de quibuslibet codicillis & epistolis fideicommissariis agi, sed cum adiectione illa quam nemo obseruat *iure scriptus*. Quæ adiectio ostendit eam constitutionem ad illos tantùm codicillos pertinere qui & scripti sint, & iure scripti, vt intelligamus exclusos eos, qui vel per nuncupationem ac sine scriptura facti sunt, licèt testamento confirmati proponantur, (quorum tamen vsus incognitus fuisse videtur ante aliam Theodosij constitutionem quæ extat *in l. v t. in fin. C. de codicill.*) vel per scripturam quidem sed non iure, id est ab intestato. Nam si ex testamento nuncupatiuo quod per septem testes idoneos & rogatos probatum esset, nolebãt Imperatores hereditatem consequi; multò minùs credibile est voluisse illos legata & fideicommissa petere ex codicillis per nuncupationem factis, tametsi quinque testium fide munitis. Ne alioqui plus ponderis & momenti viderentur tribuere codicillis nuncupatiuis quàm testamento nuncupatiuo, maiorẽque fidẽ quinque testibus, quàm septẽ adhibere. Sed & quod in eadẽ lege additur de fideicõmissariis epistolis hoc ipsum probat euidentiùs. Nec enim fideicõmissarię epistolę olim exigebant numerũ quinque testium, vt neque codicilli ante constitutiõnẽ Theodosij *in d. l. vlt. C. de codicil.* si modò fides epistolæ constaret, neque erat necesse adhiberi testes, nisi si quãdo fideicõmissum nuda voce, veletiã nutu relictũ esset. Qui sensus est *l. & in epistola* 22. in illis verbis *adhibitis testibus C. de fideic.* iunct. *l. nutu* 21. *de legat. 3.* vt alibi docuimus. Iam verò quod pertinet ad *d. l. non dubium* 16. *C. de testam.* cùm promiscuè loquatur illa tam de hereditate quàm de legato, & tã de legato, quàm de fideicõmisso, non aliam vtique interpretationẽ recipere potest, quàm quæ vniformiter & hereditati, & legatis & fideicõmissis cõueniat. Igitur quemadmodũ ad eas hereditates nõ pertinet quæ nuda testatoris voce, id est per nuncupationem quantumuis sollennem relictæ sint, ita neque ad legata, quæ relicta fuerint in codicillis per nuncupationem

tionem factis quamuis sollenni testamento quòd etiam in scriptis præcesserit aut subsecutum sit confirmatis. Ergo ad ea tantùm legata quæ data sint in codicillis,& scriptis, & confirmatis eo testamento quod in scriptis quoq; factum fuerit. Non ergo ad codicillos ab intestato factos, in quibus cùm legata relinqui non possint,licèt fideicommissa possint,consequens est,vt c õstitutio quæ vt dixi de legatis æquè ac de fideicommissis loquitur, non plenius accipi debeat circa fideicommissa quàm circa legata, ac proinde vt non magis pertineat ad fideicommissa in codicillis ab intestato factis data,quàm ad legata quę in eiusmodi codicillis relinqui nullo modo possunt. Illam igitur Pertinacis Imperatoris mentem fuisse fatendum est, vt neque hereditatem capere Imperator possit ex testamẽto siue nuncupatiuo etiam perfecto, siue in scriptis imperfecto, neque legata aut fideicommissa ex aliis codicillis aut epistolis fideicommissariis quàm iure scriptis, id est per testamentum in scriptis factum confirmatis. Scripturam enim necessariam esse voluit bonus Imperator, vt condicionem suam deteriorem faceret quàm cæterorum, Ne si aliquid caperet ex ea voluntate,quę non nisi per testes probaretur,quãtumuis esset sollennis,inuidiæ materiam ea res daret, quasi captato lucro ex falsis testibus, quos verisimile esset vt blandirentur Principi in aliorum iniuriam eiusmodi voluntatem commentõs fuisse. Adeò facile est fraudem & falsum comminisci ea in re quæ lubrico fidei testium committatur, nec scripturam vllam habeat. Quòd si adsit scriptura testamenti aliqua indubitatę quidem fidei, sed quæ tamen minùs legitimè facta sit,æquè inuerecundum visum est ex tali scriptura hereditatem consequi Imperatorem, quam nemo alius consequi posset. Ne imperio & potestate sua nimis abuti videretur si non legibus viueret,tametsi legibus solutus sit *d.l.ex imperfecto l.ex imperfecto 23.de leg.* Illud verò prorsus inuidiosum si litis causa heredem se institui patiatur, licèt in eo testamento quod & in scriptis conditum & suis omnibus sollennitatibus munitum proponatur. *l.penult.D.de hered.inst.* Qui locus cùm ostendat iam ante Pertinacis tempora id obtinuisse,vt Imperator institui litis causa non posset,cúmque Imp.Pertinax ius illud non modò cõfirmare,sed etiam augere voluerit, Non possum intelligere quid sit quod à Iustiniano scriptum legimus *in d.§.vlt.quib.mod.testam.infirm.* Pertinacem oratione sua expressisse, Non admissurum se hereditatem eius qui litis causa Principem reliquerit heredem, neque tabulas non legitimè factas in quibus ipse ob eam causam institutus erat, probaturum. Quid enim attinebat addere de tabulis non legitimè factis,in quibus Imperator litis tantùm causa institutus esset, si neque ex iis quæ legitimè factæ essent hereditatem sibi litis causa delatam vindicare vellet? Nam de iis vtique quarum sollennitati nihil desit,accipienda est prior pars orationis expressa iis verbis:*non admissurum se hereditatẽ eius qui litis causa Principem reliquerit heredem*,sicut & quod scriptum est *in d.l.penult. de hered. instit.* Alioqui neque magnum quid, & Imperatoria maiestate dignum esset hereditatem litis causa delatam omittere, quã nec si vellet adire Imperator posset ex eo quippe testamento quod prætereà nullum sit & imperfectum, & ex quo proinde nec delata videri possit hereditas,quin tantò maior legibus vis fiat *l.delata 151.de verbor.signif. d.l.3. C.qui testam.facer.poss.* Neque rursus negari posset quin eadem sententia bis expressa esset stultéque repetita si quod additur, de non admittendis per Imperatorem tabulis nõ legitimè factis de iis accipi deberet in qui-

bus Imperator ob eandem causam id est litis tantùm gratia, quemadmodum & Accursius explicat, institutus esset.

ERROR QVARTVS.

De emendatione §. vlt. Instit. quib. mod. testam. infirm.

QVOD cùm ita sit, dico irreptitia esse delendáque apud Iustinianum verba illa *ob eam causam*, Vt iis sublatis sicuti prior pars orationis de iis tabulis omnino accipienda est quæ legitimè quidem factæ sint, sed tamen litis causa, Ita posterior de iis accipiatur, quæ non quidem legitimè ac sollenniter factæ sint, sed tamen nec litis causa: quas idcirco fauor Imperatoris validas facere posse facilius videbatur. Esset enim minùs odiosus Imperator, qui tabulis nõ sollennibus heres institutus dum ne litis causa, hereditatem nihilominus sibi vindicaret, quàm qui heres fieri vellet ex sollennibus tabulis quibus non nisi litis causa institutus fuisset. Hic siquidem non modò contra leges, vt ille, peccaret, quibus solutum se pollet aut verè, aut saltem impunè dicere, sed etiam contra bonos mores, quos in Principe non solùm bonos, sed etiam optimos esse deceret. Idq; est quod Paulus scribit *in dict. l. penul.* inuidiosum esse si Imperator litis causa instituatur. Nec enim calumniæ facultatem ex Principali maiestate capi oportere, vbi eleganter Baldus noster notat Plura priuatis permitti quàm Principi, & Principem magis debere quàm alios ab illicitis abstinere. Et ob id nimirum videtur Pertinax Imperator in sua illa oratione ordinem hunc tenuisse in recensendis casibus in quibus omnem succedendi viam sibi præriperet, vt ab eo inciperet qui minùs dubitationis habere credebatur, deinde progrederetur ad alios difficiliores, & à communi hominum, nedum aliorum Imperatorum sensu remotiores. Primus ille casus est nullam penitus habens dubitationem, si Imperator instituatur litis & calumniæ causa in tabulis sollennibus ac legitimis. Nam & iam antè, vt diximus, id ipsum vel constitutum fuerat vel saltem receptum *d. l. pen. D. de hered. inst.* Ne calumniæ infamiam incurreret Imperator si se à calumniatore & calumniandi animum gerente instituí pateretur: Adeò parùm distat à calumniatore is, qui calumniæ fauet. Secundus casus est, si instituatur Imperator non quidem litis & calumniæ causa, sed tamen in tabulis non sollennibus: quo casu si velit Imperator hereditatẽ vindicare, nihil quidem fecerit contra bonos mores, sed tamen vim fecerit legibus, quarum custos potiùs esse debeat, nec minùs exemplo quàm imperio. Neque distinguo an institutus sit Imperator in tabulis non legitimè factis ob eam causam quòd non legitimè factæ essent, cùm testator legitimis successoribus suis fortasse infestus, quos videbat per testamentum ritè factum excludi non posse, puta quòd eo loco & tempore copiam testium non haberet vt *in l. conficiuntur 8. §. 1. D. de iur. codicill.* futurum tamen speraret vt eos excluderet si modò Principem relinqueret heredem (quem fortasse sensum esse velis eorum verborum; *ob eam causam.*) An verò institutus sit ob quamlibet aliam causam in tabulis non legitimè factis. Nam & ante Pertinacem Imp. Alexander iam id ipsum constituerat vt ex imperfecto testamento nec

Imperato

Imperator hereditatem vindicare posset; Non adhibita distinctione illa quã ob causam in eo testamento imperfecto scriptus esset. Quo magis moueor vt verba illa *ob eam causam* quæ distinctionem aliquam & restrictionem necessariò includunt, omnimodo delenda esse existimem. Tertius casus est, si non in tabulis heres scriptus sit Imperator, sed nuda testatoris voce nuncupatus quamuis testibus septem adhibitis, cæterisque testamenti nuncupatiui sollennibus obseruatis. Hic verò casus est à quo ius nouum facere Pertinax cœpit. Neque enim antea vnquam obtinuerat vt in testamento nuncupatiuo Imperator heres instituí prohiberetur: Cùm in hoc non magis legibus quàm bonis moribus vis vlla fiat, si ex eo testamento Princeps succedat, ex quo posset etiam priuatus quilibet succedere. Quid ergo imperatorem mouere potuit vt ita constitueret? Vna illa ratio quòd Principem maximè deceat eximere se non tantùm à calumnia, sed etiam ab omni calumniæ suspicione: Possit autem facilè suspicio incidere falsi commenti à testibus vt fauerent Principi etiam ignoranti. Quod si eueniret, innocens quoque Princeps ex testium quámuis etiam fortasse innocentium facto læderetur. Licèt enim testes falsi non sint, sufficit tamen vt falsi esse possint ad hoc ne ex ipsorum testimoniis tanquam suspectis aliquid cõsequi debeat Imperator. Itaq; non tantùm ab illicitis hoc casu Imperator abstinet, sed, quod plerunq; prudentis est, etiã à licitis, solo metu suspicionis ne quid illicitè factum per alios videri possit Principe quoq; ignorante. Quartus denique casus ille est, quo Principi aliquid relictũ sit, non in testamento nuncupatiuo, & nuda voce, sed per scripturã, extra testamenti tabulas factam, vt hic casus differat à secundo, Per scripturam inquã, cui iuris authoritas desit, id est quę nullo iuris vinculo sustineatur. Cuiusmodi sint codicilli ab intestato facti, itémq; fideicõmissariæ epistolæ nõ iure, id est vt suprà interpretati sumus æquè ab intestato scriptæ. Tametsi ex eiusmodi codicillis & epistolis fideicommissa priuato cuilibet relicta deberentur. In quo sanè iniuriam sibi facit Imperator qui iure cõmuni vti recusat ob hoc solùm ne cui iniuriam aliquam inferre velle videatur, Præsertim cùm si quid ab Imperatore per tales codicillos aut epistolas petitum esset, id ille præstare non recusaret: Quomodo in Augusti persona euenisse refert Iustinianus initio *dict. tit. Inst. de codicill.* cùm ad Augustũ Lentulus codicillos primus scripsisset. Quaquã erant codicilli illi testamento cõfirmati, vt ibidem Iustinianus ait. Nos autem de codicillis ab intestato factis nunc loquimur. Cæterùm honestius visum est Imperatori Pertinaci, & aliis posteà secutis Imperatoribus, vt ab eiusmodi fideicommissis abstinerent, nõ tanquã suspectis, qualia sunt ea quæ nuda voce etiam corã quinque testibus relinquuntur, sed tanquã minùs debitis, cùm non ipso iure debeantur, sed tãtùm Prætoris fideicommissarij tuitione, qua indigere Cæsarem ad petẽda ea quæ vindicare suo iure nequeat, non minus alienum propemodum ab ipsius maiestate videatur, quàm si legibus vim facere veller. Nam & vix est vt non quodammodo vim faciat legibus qui id petit quod nõ possit legitimè suum aut sibi debitum dicere. Non potest autem fideicommissarius quisquis ille sit, legitimè suum dicere, aut sibi debitum id, quod non nisi ex fideicommisso debeatur *l. 3. D. si vniuers. petat.* Et hęc quidem ad Pertinacis orationẽ adnotasse sufficiat. Nunc videamus quid ad eam orationem adiecerit constitutio Imperatorum Honorij & Theodosij *in l. volumus 20. C. de test.*

ERROR QVINTVS.

Quid noui ad Pertinacis orationem additum sit per l. nolumus 20. C. de testam.

QVÆ ad Pertinacis orationem interpretandam in superioribus attulimus, magnam dubitandi causam præbent, Quid noui additum sit à posterioribus Imperatoribus, quorum cõstitutio illa est, quæ extat *in l. nolumus* 20. *C. de testam.* de cuius sententia dicere iam aliquid cœpimus. Nam cùm Imperator Pertinax pro sua verecundia & dignitate casus omnes oratione sua complexus esset, in quibus vel iustum, vel saltem honestum sit, Imperatorem à lucris siue per testamentum, siue per codicillos, aut epistolas sibi delatis abstinere; Difficile videtur dicere quid addi potuerit à posterioribus qui tam sanctum piumq; Pertinacis institutum & propositum constanter, ne dicam pertinaciter retinere voluerunt. Etsi autem illud statim occurrit, quod dicamus: Casum illum à posterioribus Imperatoribus tractari, quo præcesserit testamentum sollenne & in scriptis conditum, & aliud secutum sit per nuncupationem factum coram sufficienti & sollenni numero testium, qui dicát Principem nuncupatum heredem fuisse, qui casus à Pertinace prætermissus fuisse videtur. Si tamen propiùs inspicias vix est vt negare possis ad hunc quoque casum Pertinacis orationem pertinere. Nam si tum quoque cùm nullum sollenne testamentum præcessit, negat tamen Imperator admissurum se nomen heredis ex nuda voce testatoris, id est ex nuncupatiuo eius testamento quantumuis legitimo, quemadmodum proximo capite interpretati sumus. Quantò minùs credibile est fuisse illum ex nuda voce admissurum hereditatem, quæ iam alij delata fuerit anteriore testamento sollenniter & in scriptis celebrato? An non facilius est, vt testamentum nuncupatiuum, quod vnicum est valeat, & efficax sit ad deferendam siue Principi, siue alij qui in eo institutus sit hereditatem, quàm vt duobus factis testamentis priore sollenni & in scriptis, posteriore verò per nuncupationem posterius possit sufficere ad rumpendum prius? Aut quomodo potest rumpi testamentum prius per posterius, ex quo etiamsi solum esset, aditi tamen hereditas non posset? Illud siquidem ad rumpendum prius testamentum per posterius omnino exigitur, vt ex posteriore aliquis heres esse potuerit aliquo casu, quamuis non sit necesse vt heres aliquis ex eo sit *§. posteriore Inst. quib. mod. testam. infirm.* Sunt qui putent id ipsum à posterioribus Imperatoribus renouatum fuisse quod à Pertinace iam olim fuerat constitutum. nec aliud præterea quicquam inductum. Quam sententiam Iason probauit secutus ideò Accursij interpretationem existimantis hoc vnum ab Imperatoribus cautum esse *in d. l. nolumus*, vt testamentum prius sollenne & in scriptis non possit reuocari per subsequens nuncupatiuum non sollenne, etiam in quo Princeps fuerit institutus. Mouetur autem Iason vt ita sentiat *ex d. §. vltim. Inst. quib. mod. testamen. infirm.* quo moueri potiùs debuerat vt contrà sentiret, Quasi interpretanda sit posterior constitutio ex antiquiore Pertinacis oratione, Quod si ita esset vtique

inutilis

inutilis & superuacua dici deberet, quę ad antiquiorem nihil noui adderet: Cùm tamen constitutionis verba præseferant constitutum esse aliquid à posterioribus Imperatoribus quod antea non obtinebat. Sed & alius Accursij & Iasonis est, itémque Bartoli si quis cum Iasone & aliis putet Accursij interpretationem Bartolo placuisse, in eo quòd putant Pertinacis orationem, qua parte locuta est de voce nuda testatoris, sensisse de testamento nuncupatiuo imperfecto minúsque sollenni, quod tamen non ita est. Sensit enim de testamento quod non per scripturam, sed per nuncupationem sine scriptura factum sit, legitimè tamen & perfectè, cùm de tabulis imperfectis minúsque sollennibus iam cauisset, quarum verendum non erat, ne quis diceret minorem esse potestatem quàm testamenti nuncupatiui imperfecti, ad Principem aut aliam quemlibet instituendum, vt præcedenti capite disputauimus. Quamquam non tantùm Accursij, Bartoli, & Iasonis error ille est, sed cæterorum omnium interpretum, qui putant ista Honorij & Theodosij constitutione primùm fuisse inductum vt Princeps heres institutus in testamento nuncupatiuo quantumlibet sollenni, succedere ex eo non possit, præcedente alio sollenni: Cùm tamen Pertinacis oratione factum id iam fuisset, hoc ipso quod expresserat generaliter se nomen heredis ex nuda testatoris voce non admissurum. Alij sunt, qui existimant nihil noui fuisse inductum ea constitutione circa Principem, sed tantùm circa potentes institutos heredes in testamento nuncupatiuo posteriore per quod testator prius testamẽtum sollenniter, ac in scriptis factum reuocare voluerit. Nec enim de potentibus quicquam expressum erat illa Pertinacis oratione. Sed tamen huic interpretationi obstat, quòd prima, & potissima pars legis de Principe tantùm loquitur. Quod verò de potentibus sub finem legis additur, tralatitiè potiùs & obiter dictũ, quàm ex proposito ita constitutum videri debet, ac in consequentiam eius ipsius iuris quod in Principe fuerat constitutum: Quasi eadem hac parte ratio esse debeat Principis, & virorum præcipua quadam dignitate apud Principem, & potestate decoratorum. Sic enim Imperatores *in l. non dubium 6 C. eod. tit. De testam.* Non esse dubium nec incertum sicut imperatoribus, ita qualibet dignitate vel potestate decoratis viris tam hereditatem, quàm legatum seu fideicommissum relinqui posse. Quod si ita est, Poterat ergo quod Pertinax in Principe constituerat trahi etiam ad potentes iusta interpretatione, licèt nihil Pertinax de potentibus constituisset: Et consequenter ne hac quidem parte nouum ius fecisse posteriores Imperatores videri possunt: Quamquam non ignoro dici posse, à Principe ad potentes viros valere consecutionem affirmatiuè, sed non negatiuè, id est posse quidem sicut Imperatoribus, ita & potentibus viris tam hereditatẽ quàm legatum seu fideicommissum relinqui, quemadmodum scriptum est *in d. l. non dubium.* Sed non è conuerso similiter dici posse, iis casibus quibus cautum est ne Imperatori quicquam relinqui possit, nec potentibus permittendum esse vt quicquam ex defuncti hominis voluntate arrogent sibi, & vindicent. Alioqui dicendum esset, neque ex codicillis & epistolis ab intestato scriptis posse fideicommissum aliquod deberi potentioribus, vt neque Principi potest, quòd talibus scripturis authoritas iuris desit vt superiore capite scripsimus *ex d. §. vlt. quib. mod. testam. infirm. & l. cùm heredes 7. C. qui testam. facere poss.* Et tamen nullo iuris loco ita scriptum est: Neque verò eadem ratio fuit constituendi eius iuris aduersus potentiores, quod boni Imperato-

res constituerant aduersus seipsos, vt etiam à licitis abstinere cogerentur, dum ne qua violentiæ suspicio subesset, quomodo subest sanè cùm aliquid petitur ex voluntate vltima quæ non nisi nuda voce testata sit, & quam per testes probari sufficiat, at non similiter cùm fideicommissum petitur ex codicillis aut epistolis non iure scriptis & quibus authoritas tãtũ iuris deest & sollennitas non veritas, vt loquitur *l. si veritas 23. C. de fideic.* id est ab intestato duntaxat factis, non testamento aliquo aut anteriore, aut posteriore confirmatis. Nec enim scripturæ quamuis minùs sollennis tam suspecta est fides quàm testium etiam ad sollennem vlque numerum adhibitorum. Tametsi scriptura quoque ipsa vt sit sollennis sollennem illum testium numerum exigat *l. vlt. C. eod. tit. & §. vlt. instit. de fideic. hered.*

ERROR SEXTVS.

Quantum interſit an teſtamentum nuncupatiuum in quo Princeps nominatus eſt faciat iniuriam heredi ſcripto in alio priore teſtamento, an ſucceſſori legitimo.

PVTO ego nihil noui posteriore ista constitutione inductum esse, nisi id ipsum quod constitutionis verba euidenter præseferunt, vt iure ac sollenniter scriptę deficientium & moriẽtium voluntates non conuellantur per posterius testamentum nuncupatiuum in quo Princeps vel quis alius ex potentioribus heres nominatus sit, nec si tota quanta in eo testandi genere sollennitas necessaria est interuenerit. Nihil enim tale Pertinax Imperator constituerat, sed tantùm negauerat se admissurum nomen heredis ex nuda voce testatoris: Nempe vt legitimis & necessariis heredibus faueret, quos hereditate priuari cõtingeret si ex testamento nuncupatiuo succedere Princeps posset. Hũc nãque solum finem optimo Imperatori propositum fuisse, etsi Iustinianus non exprimit, constat tamen ex Senatusconsulto quod ad orationem illam factum est, aut potiùs ex ipsa oratione, cuius si non verba saltem sensum hunc fuisse Capitolinus in Pertinace refert, *legem*, inquit, *tulit vt testamenta priora non priùs essent irrita, quàm alia perfecta essent, neve ob hoc fiscus aliquando succederet, ipseque professus est nullius se aditurum hereditatem quæ aut adulatione alicuius delata esset, aut lite perplexa, vt legitimi heredes, & necessarij priuarentur.* Ergo si factum esset prius aliquod testamentum, siue sollenne & in scriptis, siue per nuncupationem & in posteriore nuncupatiuo institutus esset Princeps: Non pertinebat hic casus ad Pertinacis orationem, cùm neque necessariorum, neque legitimorum heredum fauor vllus in eo versaretur qui per prius testamentum, quod valere supponimus, iam priuati excluſique inuenirentur. An quod heredum scriptorum si extranei sint, minor esse fauor debeat quàm legitimorum? Imò maior potiùs esse debet, cùm adiexum habeat fauorem testamenti, qui maior esse solet quàm ipsorum etiam liberorum *l. si pars 10. D. de inoffi. testam.* propter publicam vtilitatem ad quam maximè pertinet, vt supremæ hominum voluntates exitum sortiantur *leg. 1. C. de sacrosanct. eccles. leg. vel negare 6. D. testament. quemadmodum aperiantur.* Prętermissus igitur fuit hic casus à Pertinace, Quia cùm

quis

quis duobus factis testamentis reuocat priùs per posterius, etsi non aliter reuocare prius velle credendus est, quàm si posterius valeat, vt scriptus est *in l. si iure 18. de legat. 3.* plerumque tamen id agit vt hereditatem scriptis heredibus adimat tanquam indignis & voluntatem suam non merentibus, (quãuis non sit ea voluntas in dubio præsumenda vt cõcludit Fraciſc. Mantic. *De conſtit. vlt. volunt. li. 2. tit. vlt. nu. 20.* post Bald. *in l. noſtram n. 1. C. de teſtam.*) Hoc verò cùm euenit licèt posterius testamẽtum ipso iure non valeat, ademptio tamen hereditatis valet, non vt ad legitimos successores hereditas perueniat nisi testator declarauerit velle se decedere intestatum, vt *in l. milites 36. §. veteranus. D. de teſtam. milit. l. 1. §. ſi heres D. ſi tabul. teſtam. exhib.* Sed vt hereditas etiam inutiliter adempta nec in alium iure translata aufferatur scriptis heredibus, & fisco vindicetur, quomodo scriptum est *in l. heredibus 4. C. de his quib. vt indign.* vbi tamen agitur de hereditate adempta in codicillis, in quibus certum est non magis adimi quàm dari hereditatem posse, nec si testamento aliquo confirmati proponantur *l. quod per manus 10. D. de inſt. codicill.* Cùm igitur prioris testameti reuocatio in quo extranei fuerant instituti nunquam fiat in legitimorum successorum iniuriam quibus solis fauere aut saltem non nocere Pertinax volebat, sed eorum vel commodo si fiscus succedere aut nolit, aut non possit, vel nullo certè damno si fiscus succedat, quandoquidem excluduntur illi non per fiscum sed per prius testamentum quod extraneos legitimis successoribus prætulerat, consequẽs fuit vt nihil de hoc casu Pertinax constituerit, qui nihil minùs cogitabat quàm vt extrancis heredibus priore testamento scriptis faueret, scilicet quod ad posteriorem orationis partem. Nam quod ad priorem quæ prohibebat ne testamenta priora antè fierent irrita, quàm alia perfecta essent, néve ob hoc fiscus aliquando succederet, satis abundéque cõsulebat heredibus priore testamẽto institutis. Non tantùm aduersus eos qui posteriore instituti fuissent, contra quos nullo illi egebant auxilio cùm ipso iure tuti essent, Præterquàm si in posteriore instituti essent ij qui æquè ab intestato fuerant successuri, quo casu priùs testamentum omnimodo rumpebatur, licèt ex posteriore imperfecto adiri hereditas non posset *l. 2. D. de iniuſt. rupt. & irrit. fact. teſtam. l. hac conſultiſſima 21. §. vlt. C. de teſtam.* Sed potissimùm contra fiscum qui fæpissimè vindicabat eo casu bona exclusis legitimis successoribus per scriptos heredes & scriptis heredibus per indignitatem quæ ex prioris testamenti reuocatione quamuis perperam facta bene colligeretur, si modò reuocationem ob id factam esse constaret quòd non putaret testator heredes scriptos voluntatem suam mereri vt *in d. l. heredibus l. cum quidam 12. l. cum tabulis 16. §. vlt. D. eo. tit. de his quæ vt indign.* quos posteriores iuris veteris locos nemo obseruat, quod ego tamen veriſſimum puto supradicta Pertinacis oratione correctos esse. Fuit enim prima pars orationis non tam in fauorem prioris testamenti primò & per se quàm in odium fisci quem priores Imperatores locupletari ex priuatorum damno patiebantur. Posteriori verò eiusdem orationis parte non tam fisco, aut successoribus suis, quàm sibi ipsi bonus Imperator legem dixit: vt ostenderet quantùm distaret ille à Diocletiano, cuius temporibus confiscabantur, inquit Suetonius, alieniſſimæ hereditates vel existente vno qui diceret audiuisse se ex defuncto dum viueret heredem sibi Cesarem esse: Ideóque nec senatusconsultum vllum ad posteriorem orationis partem factum est, sed tantùm ad priorem: Quòd legem fisco dicere Principe permit-

tente Senatus posset. Ipsi verò Principi etiam volenti non posset, quando Princeps sicuti supra leges & populum est ita & super Senatum, & in eo plenior fuit oratio quàm senatusconsultum quod pauci etiam obseruant. Cæterùm si posteà orationem & ipsis Pertinacis temporibus contigisset prius testamentum reuocari per posterius validum siue in scriptis & sollenniter factum, siue nuncupatiuum in quo Princeps fuisset institutus, non recusasset Imperator admittere nomen heredis etiam ex nuda voce testatoris, si non aliam mentem gerebat quàm quæ supradictis siue Iustiniani, siue Capitolini verbis expressa est, cùm in hoc casu neque odium fisci vllum sit cui nulla ad successionem patet via, quoties aditur hereditas ex posteriore testamento, neque fauor vllus aut legitimorum heredum qui per vtrũq; testamẽtum excluſi sunt, Aut institutorum in priore testamento quod reuocatum per posterius fuit. Hoc verò est quod posteriores Imperatores aliqua emendatione ac nouo iure indigere putarunt, Ne minùs liberales quàm Pertinax, fuisse viderentur. Itaque constituerunt vt si posterius testamentum non per scripturam probetur, sed tantùm per testes qui dicant Principem in posteriore illo heredem nuncupatum fuisse, quamuis nihil desit nuncupationi ex sollennibus, nimirum quòd & septem testes adhibiti fuerint, & omnes ciues Romani puberes & rogati: Non idcirco tamen prius testamentum sollenniter ac iure factũ cõuellatur, quod conuelleretur vtique alio quolibet extra Principem, aut aliquem ex potentioribus herede nuncupato, sed perinde succedant ij qui priore testamento scripti fuerant, acsi posterius nullum factum esset, nec ob id quod Princeps ex eiusmodi testamento nuncupatiuo nolit succedere, locus vllus fisco aperiatur, quasi indignis habendis heredibus priore testamento scriptis qui supremam non retinuerint defuncti voluntatem. Facit enim constitutionis authoritas vt posterioris illius voluntatis ex qua indignitatis probationem sumere fiscus vellet, nulla prorsus ratio haberi debeat, cùm nec allegatio eius permittatur, tanquam quæ pro falsa potiùs habenda sit, Præsumptione vt nostri loquuntur iuris & de iure contra quã nulla probatio admitti possit. Si quidem omnibus & priuatis & militãtibus lex interdicit, ne huiusmodi perhibeant testimonia, & falsi criminis reos teneri eos vult, qui cùm scriptę iure ac sollenniter extiterint morientium voluntates, non scriptum aliquid sub Imperatorum mentione falsò adstruere moliãtur, vt habent verba legis. Ex quibus apparet, non solo falsitatis metu aut suspicionis calumniæ motos fuisse Imperatores vt nouum hoc ius constituerent, sed potissimùm fauore tuendi prioris testamenti sollenniter conditi. Bis enim ratio hæc ab Imperatoribus expressa est. Primùm quidem initio legis, quæ ait, *nolumus conuelli deficientium scriptas iure ac sollenniter voluntates*. Deinde illo etiam loco, *si cùm scriptæ iure ac sollenniter deficientium extiterint voluntates*, Ne possimus dubitare Nolle illos locum esse constitutioni, si fortè prius testamentum non per sollennem scripturam, sed tantùm per nuncupationem quantumuis sollennem factum proponatur, quamuis interpretes nostri, ipso etiam teste Iasone contrà sentiant. Alioqui non erat cur de voluntatibus sollenniter ac iure scriptis loquerentur Imperatores si ius idem in nuncupatiuis quoque obtinere volebant: Non quòd difficilius sit vt corrumpantur testes ad probandum testamentum posterius nuncupatiuum in fauorem & adulationem Principis aut alicuius ex posterioribus qui in eo institutus fuisse dicatur, sed quia minùs inciuile sit

rumpi

Digitized by Google

rumpi faciliùs testamentum nuncupatiuum prius, in quo vel nulla vel saltem minor sollennitatum obseruatio interuenerit. Cui consequens est vt negari non possit fauorabilius & aduersus periculum reuocationis potentius esse testamentum quod iure ac sollenniter in scriptis factum est, quàm quod per nuncupationem, ob idq; tantò difficiliorem esse illius, quàm huius reuocationem. Hactenus saltem, vt ex posteriore nuncupatiuo succedere Princeps non possit, Quasi priore quod in scriptis conditum fuerat reuocato: quod vtique non ambigeretur esse reuocatum si per nuncupationem factum fuisset. Addamus eodem propemodum exemplo, in hoc quoque difficiliorem esse reuocationem prioris testamẽti quod per scripturam sollennem, quàm eius quod per nuncupationem conditum sit, vt prioris testamenti in scriptis facti mentionem expressam fieri oporteat in posteriore nuncupatiuo ad hoc vt prius sollenne per nuncupatiuum ipso iure rumpatur, quod tamen necesse non esset, si vel prius testamentum per nuncupationem factum esset, vel posterius æquè sollenniter per scripturam, Quemadmodum secundo huius Decadis capite pluribus à nobis disputatum, probatumq; est. Eiúsque rei argumẽto esse potest illa ipsa Pertinacis oratio, Non tantum qua parte loquitur de prioribus, & posterioribus tabulis prohibens ne aliter irritæ sint priores, quàm si posteriores iure perfectæ sint, sed etiam qua parte fiscum excludit, ne ob id possit succedere quòd testator ea mẽte fuerit vt priores tabulas reuocaret per posteriores. Certum enim est nõ ob id solùm posse fiscũ succedere quod testator aliud testamentum facere voluerit, nec perfecerit, si nõ etiam illud concurrat, vt prius testamentum expressim reuocatum voluerit odio heredum in eo institutorũ vt *in d. l. heredibus 4. C. de his quib. vt indign. d. l. cùm quidam 12. l. cùm tabulis 16. §. vlt. D. eod.* Alioqui non potest nocere heredibus in priore scriptis quod testator aliud facere tentauerit, cùm in dubio ea testatoris cuiusliber voluntas esse præsumatur, vt non aliter à priore velit recedere quàm si posterius valeat vt scriptum est in *dict. l. si iure 18. de legat. 3.* Nam quod dicimus ex natura rei esse vt prius testamentum ipso iure rumpatur per posterius, eo demum casu obtinet quo posterius valeat, quia nemo potest decedere cum duobus testamentis, nec si eadem persona in vtroque testamento sit instituta *l. Clodius 97. D. de acquir. hered.* Aut eo casu quo in posteriore testamẽto instituti sint venientes ab intestato *d. l. 2. De iniust. rupt.* At nos negamus valere testamentum nuncupatiuum posterius in quo nulla sit facta mentio prioris sollẽniter, & in scriptis celebrati. Et ex eo quod tùm quoque cùm posterius testamentum æquè sollenne & in scriptis erat prioris mentio fieri solebat *vt in l. vlt. D. de hered. instit.* ne dubitari posset, quin non minùs ex testatoris voluntate quàm ex natura rei prius reuocatum esset, colligimus, multò magis solitos fuisse ac debuisse testatores mentionem facere prioris sollenniter conditi si quando reuocare illud vellent per posterius nuncupatiuum: Quamuis alioqui necesse id non esset si vtrumque testamentum eiusdem esset generis, hoc est, vel vtrumque nuncupatiuum, vel vtrumque in scriptis.

ERROR SEPTIMVS.

Quid noui pro legitimis successoribus constitutum sit in d. l. nolumus.

SI verum est, vt est, quod proximè disputauimus, Pertinacis oratorem de qua *in §. vlt. Instit. quib. mod. testam. infirm.* qua parte professus est se ex nuda testatoris voce nomen heredis non admissurum, Accipiendã esse de testamento nuncupatiuo ritè facto, in quo Princeps fuerit institutus, Imperatorum verò cõstitutionem quæ extat *in l. nolumus* 20. *C. de testam.* ad eum solum casum restringendam, quo testamentum aliquod præcesserit sollenniter & in scriptis celebratum. Difficilius videtur intelligere quid noui ferat noua constitutio circa legitimos defuncti successores, de quibus tamen loqui Imperatores apertius sanè est, quàm vt negari possit. Ex iis verbis: *Nemo itaque relictus heres, vel legibus ad successionem vocatus nostrum vel potentium nomen horrescat.* Quorum non videtur alius sensus esse posse, quàm vt posterius testamentum nuncupatiuum, in quo vel Princeps vel alius quispiam ex potentioribus heres institutus sit, sicuti non posset tollere & conuellere prius quod sollenniter & in scriptis conditum inueniretur, ita nec si sit vnicum, possit ius lædere legitimorum heredum, qui si nullum factum esset testamentum, vtique suo iure & ab intestato essent successuri. Difficultatis materiam illud præbet, quòd cùm aliquod præcessit testamentum, de quo dubitari non potuit quin ritè factum sit, siue in scriptis, siue per nuncupationem, nullus quæstioni locus superesse videatur De legitimis successoribus per posterius testamẽtum, quod solis testibus probetur, vel excludendis vel non excludendis. Siquidem remoto quoque posteriore testamento, supereſt tamen prius quod impedit ne qua legitimis heredibus ad succedendum ab intestato via relinquatur. Proinde solis heredibus testamentariis priore testamento sollenniter scriptis ea constitutio fauere potuit, & debuit non etiam legitimis successoribus qui prioris, eiúsq; sollenniter scriptæ voluntatis fauorem nullum possunt obtendere. Quod si dicas cum Castrensi, Iasone, ac cæteris, non minorem vrgere rationem pro legitimis defuncti heredibus, quàm pro iis qui priore aliquo testamento sollenniter scripti proponantur, cum legitimi heredes pro se habeant & expressam voluntatem legis & tacitum iudicium defuncti quasi tacitè ab eo instituti *l. 3. §. 1. l. conficiuntur* 8. *D. de iur. codicill. l. ab exheredati* 726. *De legat.* 1. Non ideò tamen fa ies, vt noua constitutio, quæ solis heredibus scriptis fauere voluit ad legitimos quoque successores extendi debeat, siue quòd cõstitutiones correctoriæ, & ob id odiosæ restringendæ sint potiùs quàm per interpretationem ampliandæ, tum quoq; cùm fauorabiles esse existimantur, Siue potiùs, quòd nullus legitimorum successorum fauor esse possit aut debeat contra testamentum rite factum, siue sollenne & in scriptis illud sit, siue nuncupatiuum, Nisi cùm heredes qui se legitimos dicunt, habent pro se aliquam, eámque expressam si non perfectam defuncti voluntatem vt *in l. 2. D. de iniust. rupt. & irrit. fact. testam. Hac consultissima* 21. *§. vlt. C. de testam.* Ac rursum faceret hæc interpretatio vt nihil noui quantum ad legitimos successores inductum dici posset ab Imperatoribus posterioribus, quod non iam multò antè tempore Pertinacis oratio induxisset

ſet. Profeſſus enim erat Pertinax, ſe non admiſſurum nomen heredis ex nuda voce teſtatoris: Non alia de cauſa quàm vt legitimis ſucceſſoribus faueret, quos alioquin eiuſmodi teſtamento nuncupatiuo priuari ſucceſſione contingeret. His nimirum dubitandi rationibus victus Baldus noſter, quem & Alexander ſecutus eſt, dixit abundare diſiunctionem *vel* in ſupradictis illis verbis *Nemo itaque relictus heres vel legibus ad ſucceſſionem vocatus*, vt ea ſublata ſuperſit ſola mentio heredis ſcripti, eiuſdémque legibus, id eſt ex legitimo teſtamento ad ſucceſſionem vocati. Quam in rem tamen erat commodius dicere ſumendam diſiunctionem pro coniunctione, addendúmque hoc exémplum ad cætera, de quibus *in l. ſæpe* 53 *D. de verb. ſignific. & ad l. pen. C. eod.* Nec rurſus vllo alio iuris loco ſic prudentes aut Imperatores locutos videas, vt legibus ad ſucceſſionem vocatum dicant eum, qui non niſi ex teſtamento vocatus ſit, quia licèt teſtamentariæ quoque hereditates perinde ac legitimæ confirmẽtur per legem 12. tab. *l. lege obuenire* 130. *de verb. ſignific.* Attamen cùm de hereditate ex legibus delata ſimpliciter loquimur, legitimã intelligimus quæ opponi ſolet teſtamentariæ, Tantum abeſt vt teſtamentariam quoque comprehendat, Et quod magis eſt Hereditatem quæ ad nos ex lege duodecim tabularũ pertinet, Caius *in l. 1. D. de petit. hered.* opponit ei, quæ ad nos pertineat ex teſtamento quod iure factum ſit, Quaſi ex legibus eæ demùm hereditates deferri dicendæ ſint, quę ex ſolis legibus deferuntur, non etiam quę ex defuncti voluntate. Has enim non tam lex defert, quàm confirmat delatas à teſtatore. Quare nec in hac opinione Baldus conquieſcit, ſed ad aliam refugiẽs interpretationem, ait ſupradicta verba ſic accipi debere vt ad ius prætorium referantur, & ad bonorum poſſeſſionem ſecũdùm tabulas, quam prætor heredibus ſcriptis accommodat ſi modò ſeptem teſtium ſignis ſint ſignatæ *l. 1. & paſſ. D. de bonor. poſſ. ſec. tab.* Omnino improbabiliter. Eſt enim multò durius & à prudẽtum omnium ſenſu alienius, vt ex legibus ad ſucceſſionem aliquam vocari dicatur is, qui vocatur ex iuriſdictione & authoritate Prætoris, cùm Prætor ius quidem facere potuerit, ſed legem non potuerit, idcóque nec heredem *§. quos autem Inſt. de bonor. poſſeſſ.* qui locus probat hoc amplius: Non ſolùm legem fieri à prætore non potuiſſe, ſed neque legi ſimilem aliquam conſtitutionem. Et quamuis Prætor nonnunquam det bonorum poſſeſſionem ex legibus *l. vnic. D. vt ex legib. & ſenatuſc. bonor. poſſ. det.* alia tamen illa poſſeſſio eſt quàm quę ex edicto prætoris defertur ſecundùm tabulas, vt alibi ſcripſimus. Exploſa igitur vtraque Baldi interpretatione, fatẽdum eſt quod initio præfati ſumus, difficile eſſe dicere quid noui conſtitutum ſit ab Imperatoribus in *d. l. nolumus*, circa legitimos ſucceſſores. Auget dubitationem, quòd generaliter ſcriptum eſt *in l. cùm heredes 7. C. qui teſtam. facer. poſſ.* Cùm heredes inſtituũntur Imperator ſeu Auguſta, ius commune illos cum cæteris habere, Itémque quod *in l. nõ dubium* 16. *C. de teſtam.* Non dubium nec incertum eſſe, & Imperatoribus, & qualibet dignitate ſiue poteſtate decoratis viris tam hereditatem, quàm legatum ſeu fideicommiſſum relinqui poſſe. Durum enim ſanè videtur adeò generales & indiſtinctè loquentes leges ad eum caſum reſtringere, quo Imperator inſtitutus ſit heres in teſtamẽto ſollenniter ſcripto ad excluſionem teſtamenti nuncupatiui, quod tamen perinde verè ac propriè teſtamentum & eſt, & dicitur, atque illud quod in ſcriptis factum fuit. Atque ita ratiocinatur Iaſ. *ad d. l. nolumus*, dubius tamen & hæſitans miſer quid tandem ſentire ac concludere debeat, an pro Impe-

ratore contra legitimos ſucceſſores vt in eorum excluſionem poſſit heres inſtitui etiam per nuncupationem, An potiùs pro legitimis ſucceſſoribus, ne aliter quàm in ſcriptis inſtitui poſſit ad eos excludendos vt neque ad excludẽdum heredem priore teſtamento ſollenniter ſcriptum. Sed error Iaſonis & cæterorum hac parte in eo eſt, quod putant Pertinacis oratione aliud nihil factum eſſe niſi vt ex teſtamento imperfecto minúſque ſollenni, nec hereditatem, nec quicquam aliud capere Imperator poſſit, Cùm tamen verba ipſa orationis apertiſſimè ſonent, neque ex perfecto teſtamento nuncupatiuo quod nuda teſtatoris voce ſubſiſtat nec ſollenni ſcriptura munitum ſit, neque ex ſcriptura aliqua cui iuris authoritas deſit, id eſt ex codicillis aut epiſtolis fideicommiſſariis teſtamento non confirmatis capere Imperatorem quicquam debere, quemadmodum ſuprà interpretati ſumus.

ERROR OCTAVVS.

Cur de legitimis heredibus locuti ſint Impp. in d.l. nolumus.

NIhílne igitur noui à poſterioribus Imperatoribus inductum eſt *in dict. l. nolumus*, quãtum ad legitimos ſucceſſores, de quibus tamen nominatim lex loquitur? Tentabam aliquando an dici poſſet, Eo quoque caſu quo teſtamentum ſollenne ac in ſcriptis præceſſerit, etiam in quo alij quàm venientes ab inteſtato ſcripti ſint, debuiſſe tamen fieri mentionem legitimi heredis, & conſtitui vt non magis legitimus, quàm ſcriptus heres, Imperatoris aut alterius potentioris poſteriore nuncupatiuo teſtamento inſtituti nomen horreſceret, Nempe quoniam fieri poteſt, & fit plerunque vt priore teſtamento quantumuis ſollenni heredes ſcripti, quibus teſtator hereditatem poſteriore alio imperfecto ademptam voluit, hereditatem retinere nõ poſſint, ſicuti nec voluntatem teſtatoris retinuerunt: Quod cùm euenit ſolet ea res locum facere, non venientibus ab inteſtato, niſi ponas fuiſſe illos poſteriore teſtamento inſtitutos, Quo caſu prius teſtamentum tametſi perfectum per poſterius etiam imperfectum rumpi conſtat *d.l. 2. D. de iniuſt. rup.* Sed fiſco qui auffert hereditatem ſcriptis heredibus tanquam indignis *l. cùm quidam 12. l. cùm tabulis 16. §. vlt. D. de his quæ vt indign. l. heredibus 4. C. eod.* Quòd ſi fiſcus non ſuccederet, vtique neceſſe eſſet hereditatem redire ad legitimos ſucceſſores quibus per prius teſtamentum ablata fuiſſet. Excluſis enim heredibus priore teſtamento ſcriptis velut indignis, alterutrum euenire neceſſe eſt, vt hereditas vel ad fiſcum vel ad legitimos ſucceſſores deuoluatur. Videamus ergo an ea Imperatorum ſententia ſit, vt ſi is qui priore teſtamento ſollenniter in ſcriptis condito extraneum heredẽ ſcripſerat in poſteriore nũcupatiuo quãtumlibet perfecto Principem aut aliquem ex potentioribus inſtituerit, ea de cauſa quòd heredi priùs ſcripto tanquã indigno hereditatem omnimodo adẽptã vellet, Legitimus ſucceſſor debeat eſſe potior, nõ tãtùm ſcripto herede ſed etiã fiſco, atq; ita omni caſu ſucceſſio pertineat, vel ad ſcriptũ heredẽ, ſi teſtator ad aliud teſtamentũ venerit nõ tã odio ante ſcripti heredis, quàm fauore Principis, aut alterius potentioris in eo inſtituti: Vel ad legitimũ ſucceſſorẽ ſi heredẽ ſcriptũ teſtator habuerit pro indigno. In ſumma

cùm

cùm quiſquis teſtamento ritè condito aliud facit teſtamentũ, ea mẽte ita faciat vt hereditatẽ priùs ſcripto heredi adimat, vel in omnem caſum id eſt ſiue ex poſteriore teſtamento adeatur hereditas, ſiue non adeatur, Vel in eum ſaltem euentum quo ex poſteriore adiri hereditas poſſit (quæ mens in dubio magis præſumenda eſt *l. ſi iure* 18. *De legat.* 3.) videntur Imperatores voluiſſe vt omni caſu non modò Princeps, ſed etiam fiſcus excludatur. Sed vno caſu in fauorem ſcripti heredis, cuius nullo odio motus fuerit teſtator ad aliud teſtamentum faciendum: Alio autem in fauorem legitimi ſucceſſoris ad quem ſolum poſſit hereditas peruenire excluſo Principe & fiſco propter authoritatem conſtitutionis, Excluſo item ſcripto herede propter indignitatẽ, quæ ex non retenta teſtatoris voluntate inducitur. Verùm ne ſententia hæc probabilis mihi nunc videri poſſit, illud primùm facit, quod nullum in tota conſtitutione verbum eſt de fiſco excludendo, ſed tantùm de Principe, & potẽtiore: Aliud verò eſt de Principe, aliud de fiſco tractare. Nam neque fiſcus tam Principis eſt, quàm reipublicæ, neque cõfundi vnquam debet patrimonium Principis cum patrimonio, & vt loquuntur domanio coronæ & reipublicæ. Eáque diſtinctio exactè obſeruata eſt in ſupradicta Pertinacis Imperatoris oratione, Cuius prior pars ad fiſci, poſterior autem ad ipſius Principis excluſionem pertinet, quemadmodum in præcedentibus ex Iulio Capitolino retulimus. Deinde vt maximè Principis & fiſci nomina & iura confundere quis velit, quod niſi perineptè facere nemo poſſit, Non tamen poteſt huic interpretationi conuenire, quod lex habet de potentiore inſtituto in poſteriori voluntate nuncupatiua. Nam excluſo potentiore illo ne poſſit ex poſteriori teſtamento nuncupatiuo ſuccedere, quid obſecro vetat, quominùs ablata ſcriptis heredibus ſucceſſione tanquã indignis, fiſcus ſuccedat ſuo iure, quomodo anteà in omni caſu ſimili ſuccedebat? Non enim poſſis dicere nihil referre an potentior ſuccedat an fiſcus, vt ab excluſione potentioris ad excluſionem fiſci argumenteris, quemadmodũ poſſet dicere quiſquis ab excluſione Principis ad excluſionem fiſci argumentari vellet, parum intereſſe an fiſcus ſuccedat, an Princeps. Cùm nihil prorſus commune habeat cauſa & ius fiſci cum cauſa & iure potentioris. Alia igitur opus eſſet conſtitutione ad fiſcum excludendum eo ſaltem caſu quo potentior aliquis in poſteriore teſtamento nuncupatiuo heres eſſet inſtitutus. Præterea cùm expreſſim prohibeant Imperatores ne poſſint audiri teſtes ad probandum teſtamentum nuncupatiuum poſterius in quo vel Princeps vel aliquis ex potentioribus inſtitutus ſit, adeóque vt falſi reos puniri eos velint, qui ea de re teſtimonium ferant, Dico non magis fieri poſſe vt iis fides adhibeatur, ſi dicant teſtatorem habuiſſe pro indigno eum quem priore teſtamento heredem ſcripſerat, quàm ſi teſtificentur heredem poſteriore teſtamento nuncupatũ fuiſſe Principem, aut aliquem ex potentioribus. Quis enim admittat vt vnum & idem vnius teſtis teſtimonium pro parte verum ſit, & pro parte falſum? Aut, quod adhuo difficilius eſt, vt de vno eodémque actu ex parte quis recipiatur in teſtem, & ex parte non recipiatur? Denique nec illud fieri poteſt, vt quo caſu fiſc' aufferret heredi ſcripto hereditatẽ tãquã indigno, poſſit heres legitimus ſuccedere fiſco excluſo. Nam cùm nõ poſſit fiſcus hereditatẽ aufferre ſcripto heredi tãquã indigno, niſi quã heres ille iã ſibi acquiſiuerit per aditionẽ (quo modo enim poſſet heredi ſcripto aufferri & eripi quod ipſe nũquã habuiſſet?

Aditio autem facta ex testamento nullum legitimæ successioni intestati locum possit relinquere. Prorsus consequens est vt quo casu fiscus hereditatem scripto heredi velut indigno aufferre posset, numquam aperiatur via legitimo heredi ad succedendum in ea hereditate à qua semel exclusus, in perpetuum exclusus manere debeat. Fateamur ergo quod res est, huiusmodi noua constitutione nihil noui inductum esse quantum ad legitimos successores contra Principem, sed tamen eorum mentionem ab Imperatoribus factam fuisse, vt significarent, Non magis in posterum scripto heredi metuendum esse nomen Principis aut potentioris in posteriore testamento nuncupatiuo instituti, quàm esset ante metuendum legitimo cuilibet successori post Pertinacis orationem quæ hæc de re in fauorem legitimorum heredum lata, iis abunde prospexerat: Nisi quod Pertinacis oratio non nisi de Principe locuta fuerat, nec quicquam de potentioribus cauerat, contra quos tamen æquissimum fuit eandem noui iuris asperitatem produci. Cùm aduersus potentiores aulicos longè maior & probabilior præsumptio vrgeat, quàm cõtra Principem, quòd falsos aut saltem suspectos testes vndique conquisituri sint & habituri, si modò iis liceat in euersionem testamenti in scriptis solenniter conditi aut ad exclusionem legitimi successoris nuncupatiuum posteriùs testamentum allegare. Quemadmodum igitur noua hæc Constitutio fecit ius nouum quod ad potentiores excludendos pertinet, quos neque Pertinacis oratio, neque aliud ius vllum in eum vsque diem prohibuerat succedere ex testamento nuncupatiuo, non solùm si testamentum aliquod solenne in scriptis, sed etiam si nullum præcessisset, Ita & nouum ius hac parte fieri necesse fuit fauore legitimorum heredum quibus nondum aduersus potentiorũ iniuriam vlla lege consultum erat. Acsi dixissent apertiùs Imperatores, nolle se vt priore solenni testamento scripti heredes horrescant posthac nomen Principis in posteriore nuncupatiuo institutis, aut alicuius potentioris, sicut nec legitimus heres potest pertimescere nomen Principis nuda testatoris voce nominati, Post orationem scilicet Imperatoris Pertinacis, eóque exemplo nec nomen vllius ex potentioribus heredis nuncupati. Nam de potentioribus loquuti videntur Imperatores, non tam vt iis ex professo noceret, quàm in cõsequentiam eius iuris quod contra Principem ipsum inducebatur, ne melioris conditionis essent potentiores, quàm Princeps, de quo malè si quis suspicetur, is sacrilego proximus videri possit. Quòd si nulla subsit falsitatis suspicio, puta si de testatoris voluntate per indubitatam eius scripturam cõstet, scripturæ tamen iuris authoritas desit, fortè quòd codicilli sint, aut epistolæ fideicommissariæ nullo testamento confirmatæ, Non eadem potentiorum, quę Principis ratio esse debebit, cùm nihil sit hoc casu quod de potentiorum iniuria suspicari possimus. Nec propter suspicionem vllam iniuriæ Pertinax Imperator sibi suisque successoribus ex eiusmodi scripturis quicquam capiẽdi facultatem vltrò præripuerit: sed quia Imperatoria maiestate dignum putauit, vt qui meri iuris verus & vnicus custos est, nihil ex priuati hominis voluntate consequi possit, quod non ipso iure debeatur, quemadmodum scripsimus in præcedentibus.

Quæ ratio in potentiores nullo modo cadit.

***

ERROR

ERROR NONVS.

De testamento nuncupatiuo per instrumentum probato in specie d.l.nolumus.

QVAM multa sint in quibus à nostris peccatum est circa interpretationem *l.nolumus* 20. *C. de testam.* apparet satis ex iis quæ hucusque diximus. Sed nullus grauior, & periculosior error est, quàm qui nunc à nobis proponendus superest & refutandus. Omnes enim ore vno magis probant, vt ei constitutioni nullus sit locus, si is qui priore testamento sollenniter & in scriptis condito aliud posterius fecerit, in eóque vel Principem vel aliquem ex potentioribus heredem nuncupauerit, & notarium adhibuerit per cuius scripturam publicam cõstet de posteriore, licèt nuncupatiua tantùm testatoris voluntate. Mouentur credo, ex verbis legis, quæ solum casum illum complectuntur quo testamentum posterius non fuerit scriptum, vt constat ex illo loco: *dum quoddam morientis supremum & non scriptum processisse confirmatur arbitrium.* Itémque ex eo quod paullò pòst sequitur, *non scriptum aliquid sub nostrorum nominum mentione falsò adstruere moliãtur.* Ac quoniam obiici posse vident nec maiorem posse fidem esse notarij redigentis testamentum nuncupatiuum in scripturam publicam, quàm septẽ testium in eo testamento adhibitorum, quos tamen ea de re testimoniũ dicere expressim lex prohibet. Respondent legem magis confidere de notario vt loquuntur, quàm de testibus, quòd notarij persona fidéque publica sit, testium verò non item. Atque ita faciunt vt tam iusta, sanctáque constitutio quam fauorabili & benigna interpretatione extendi melius esset, inanis propemodum & illusoria reddatur, Postquàm testamentorum frequentior ille ritus inualuit vt nec aliter fere testamenta hodie fiant quàm per nuncupationem, Nec per nuncupationem aliter quàm adhibito notario, ne de voluntatis & sollennitatis fide dubitari possit. Neque hanc tantùm constitutionem interpretatio ista euertit penitus, & destruit, Sed ipsam quoque Imperatoris optimi Pertinacis orationem, qua parte professus ille fuerat se nomen heredis ex nuda testatoris voce non admissurum. Si enim proponas institutum fuisse Principem testamento alicuius nuncupatiuo, de quo conscriptum sit à notario publicum instrumentum, non dubitabunt interpretes adfirmare, potiorem hoc casu Principis quàm legitimi heredis causam esse oportere, nec ad hunc casum Pertinacis orationem pertinere. In quo mihi videtur illi vim facere non tantùm rationi iuris, & æquitati quæ optimos Imperatores mouit, sed, quod magis miror, verbis ipsis nouæ constitutionis. Nam præter id quod apertissimum est Imperatores *in d. l. nolumus*, cùm de voluntate non scripta loquuntur de ea intelligere non quæ in scripturam redacta non sit, sed quæ sollenniter in scriptis celebrata non fuerit, vt testamentum nuncupatiuũ opponant testamento in scriptis, Nemo autem nescit testamenta nuncupatiua quæ hodie passim per notarios scribũtur, nõ eo magis dici posse facta in scriptis, quia non ad eorum substantiã scriptura pertinet, sed tantùm ad rei gestæ perpetuam probationem *l. cõtrahitur* 4. *D. de pignor. l.* 4. *D. de fid. instrum.* Me illud etiam maximè mouet, quod ipsa legis verba interpretationem hanc manifestissimè conuincunt. Quid enim obsecro aliud est quod lex ait *nemo ferre testimonia in hunc modum, vel suscipere in gestis huiusmodi voces audeat*, nisi hoc ipsum quod nos volumus, neq; per testes, neq; per scripturã probari posse hu-

iusmodi voluntatem nuncupatiuam per quam id actum esse dicatur vt prius testamentum sollenniter & in scriptis conditum euertatur fauore Principis, aut alicuius ex potentioribus instituti. Non quòd existimem id genus testamentorum quo nunc vtimur, cognitum Imperatoribus fuisse vt de eo in hac specie prohibendo cogitare & aliquid decernere debuerint (iam enim probauimus in superioribus, nihil tale vnquam siue prudentibus siue Imperatoribus in mentem venire potuisse) Sed quia cùm supradictis verbis ea testamenta significentur, quæ apud acta fieri solebant, de quibus *in l. omnium* 19. *C. eod. tit. De testam.* & quorum tantus fauor erat vt securus esset quisquis actis cuiuscunque iudicis vel municipum, mentis suæ postremum publicasset iudicium, quemadmodum scriptum est *in d. l. omnium*, Dubitari meo iudicio non potest, quin id quod apud acta fieri prohibuerunt Imperatores *in d. l. nolumus*, multò magis prohibuerint fieri apud notarium, cuius scriptura & fides quantumuis publica, tantæ tamen authoritatis esse non potest, quantæ sunt acta iudicialia, sed tantò minoris, quantò inferior est qualitas Notarij, potestate iudicis & dignitate. Ac sanè quid absurdius dici potest, quàm quod volunt interpretes probari per scripturam notarij testamentum nuncupatiuum illo etiam casu quo nec per septem integræ fidei & existimationis testes probari posset? Nam si à iuris ratione alienum illud est, vt per solum notarij instrumentum probetur nuncupatio heredis, quam in præsentia septem testium factam fuisse notarius scripserit, si non per eos ipsos testes idipsum probetur, sicuti disputauimus in præcedentibus. An non illud multo alienius est, vt plus fidei scripto vnius notarij, quàm septem testium dicto adhibeatur? Quid enim aliud possit facere scriptura notarij, cuiuscumque tandem authoritatis eam esse velis, nisi vt tantùm per se sola probet, quantùm simul probarent testes omnes in scriptura nominati, & qui ad validitatem actus adhibendi fuerunt? Id enim est quod plerique ex nostris passim iactitãt. Instrumenti à notario excepti fidẽ tot æquipollere testibus quot in eo actu requiruntur, Quã, quam non desunt interpretes qui dicant instrumentum non nisi duobus aut ad summum tribus testibus æquipollere, De quo tractare solent ad *l. vlt. C. de fideic.* Sed vtut sit, Aequipolleat, si voles, instrumentũ testamenti nuncupatiui septem testibus, quia totidem in testamento nuncupatiuo adhiberi testes debent ad probationem voluntatis & sollennitatis. Numquam tamen à me impetrabis, vt plus credi debeat vni notario, quàm septem testibus qui sint omni exceptione maiores. Nam etsi de veritate quærendum esset, nec dicta testium cum notarij scripto consentirent, nemo dubitaret quin maior testium quàm notarij fides esse deberet, saltem post institutam ea de causa criminalem falsi accusationem, Vt à nobis tractatum est in nostro Codice *Desin. 15. De test. b.* Cur ergo credemus notario adfirmanti dictum fuisse coram septem testibus id quod si testes ipsi dictum iurarent, nihil tamen proficerent, nec quicquam probarent? Addo, etiamsi testes illi omnes Senatores essent & Consulares. Omnes enim omnino personas à testimonio in huiusmodi causis dicendo excludere voluerunt Imperatores iis verbis *omnibus enim priuatis & militantibus interdicimus, ne huiusmodi perhibeant testimonia.* Quis porrò ferat, quod interpretes volunt, magis legem considere de notario, cuius persona vilis, & officium non modò ignobile, sed etiam infame vulgo esse creditur (quamquã ego in hoc quoque pro notariorum existimatione contra interpretes sentio) quàm de Senatoribus aut Equitibus septem? Et verò cùm tota pu-

Digitized by Google

ta publicorum instrumentorum vtilitas in eo consistat vt probationē, quod aiunt probatam faciant, nec ad aliud comparata sint, Neque tamen probare quicquam possint sine testibus, An non fuerit perabsurdum probari per instrumentum ea, quæ probari nequeant per eos ipsos testes, qui in instrumento adhibiti & nominati fuerunt? Denique finge testes, quos in testamento nuncupatiuo interuenisse scripsit notarius, instrumento subscripsisse, Quomodo apud pleraſque gentes subscribere omnes necesse est, si modò literas norint, An eo minus valere instrumentum dicemus, vt nuncupationem à testatore factam probare non possit? Quis verò admittat minoris ob id fidei esse instrumentum quod subscriptiones testium habeat? Atqui vult constitutio falsi criminis reos teneri omnes qui tale testamentum suo testimonio voluerint confirmare. Erit igitur instrumentum partim verum, partim falsum. Verum ex qua parte subscriptionem habebit notarij, Falsum autem ex qua parte subscriptiones testiū, quos lex vsque adeò pro falsariis haberi vult, vt nulla in contrarium probatio admitti possit, Vel interpretibus ipsis hoc fatentibus, qui præsumptionem hanc iuris & de iure idcirco esse volunt. Ergo nec probatio illa admittenda est, quæ fiat per instrumentum à notario conscriptum. Nam contra præsumptionem iuris & de iure non magis ea probatio admitti potest quæ per instrumentum fiat, quàm quæ per testes *l. antiquæ 23. vers. sed si quidem.* Et ibi glos. *in verb. esse credendum C. ad SC. Velleian. & l. vlt. C. de SC. Maced.* Nec fieri potest vt non pro falso haberi debeat instrumētum, quod non aliis testibus munitum sit, quàm qui citra crimen falsi pro instrumento testimonium ferre nequeant. Tacco quod aperta erit fraudandę constitutioni via si tam improbabilis hæc opinio recipiatur, vt quod per testes instrumentarios quantumlibet consentientes probari nullomodo possit, probetur tamen per instrumentum. Tantò siquidem facilius erit falsum instrumentum comminisci, cùm testes qui pro instrumenti fide ac veritate audiri non possunt, multò minùs audiendi sint, si contra instrumentum dicere testimonium velint. Itaque si interpretibus credimus, eueniet vt nulla detegendæ probandæque falsitatis ratio superſit in ea re in qua comminiscendæ nullam subesse Imperatores optimi voluerunt.

ERROR DECIMVS.

De posteriore testamento nuncupatiuo prioris sollemniter in scriptis conditi reuocatorio, in quo aliquid Principi vel potentiori legatum sit, Et quid si pia causa fuerit in eo instituta.

QVæsitum aliquando ex facto fuit, Si is qui prius testamentum sollemniter ac in scriptis condiderat, posterius fecerit per nuncupationē, in quo non instituerit heredē Principē, aut aliquē ex potentioribus, sed tantùm aliquid siue Principi siue potentiori legauerit, vel per fideicommissum reliquerit, An locus sit nouæ Imperatorum constitutioni, quæ extat *in dict. l. nolumus 20. C. de testam.* vt posterioris testamenti nulla prorsus ratio haberi debeat, nō magis quàm si vel Princeps vel potētior in eo fuisset institu'. Nec deerāt ex pragmaticis nostris, qui dicerēt ius antiquū hoc casu obtinere, propterea q̄ noua cōstitutio iuris veteris correctoria, & ob hoc ipsū odiosa, suisq; limitib. coercēda nō nisi de Principe vel potētiore instituto loqui videatur, in illis verbis *tāquā patrimoniū suū ad nos deficiēs maluerit pīngre.*

Item quòd abſurdum videatur legatum ſiue Principi, ſiue potentiori factum, vſque adeò nocere priuato homini per nuncupationem inſtituto, qui nulla violentiæ fraudiſque præſumptione vrgeatur, vt idcirco teſtamentum corruat, quod haud dubiè valeret ſi legatum tale nullum in eo relictum proponeretur. Quid enim vetat & teſtamentum ſubſiſtere, & legatum tamen non deberi? Nam & ſi de interpretanda Pertinacis Imperatoris oratione ageretur, cuius tam frequens à nobis in ſuperioribus habita mentio eſt, qua parte profeſſus eſt Imperator optimus, nihil ſe adepturum ex ea ſcriptura cui authoritas iuris deſit, *§. vlt. Inſt. quib. mod. teſtam. inf.* id eſt ne quidem fideicõmiſſum ſe agniturum ex codicillis & epiſtolis fideicommiſſariis nõ iure ſubnixis, hoc eſt nullo teſtamento confirmatis, quemadmodum ſuprà interpretati ſumus, nemo diceret ſi per eandem epiſtolam fideicommiſſariam, aut per eoſdem codicillos ab inteſtato factos, plura fideicommiſſa & Principi & priuatis perſonis relicta eſſent. Ideò ſummouendos priuatos ne quicquam ex eiuſmodi ſcriptura perſequi poſſent, quòd nec Principi ius ſit aliquid ex ea ſcriptura conſequendi. Quid enim commune habet cauſa Principis cum iure priuati? Aut quid vetat aliud iuris conſtitui in perſona Principis, aliud verò in quolibet priuato? Denique pro non ſcripto haberi quod Principi relictum eſt, non item cætera quę priuatis præſtari teſtator voluit? Pari ergo ratione dicendum videatur. Poſterius teſtamentum nuncupatiuum in quo priuatus aliquis heres inſtitutus ſit, non eo minùs validum eſſe debere ad euertendum prius ſolenniter & in ſcriptis conditum, quòd in poſteriore aliquid relictum fuerit Principi ſiue legati, ſiue fideicommiſſi iure. Præſertim cùm tota vis teſtamenti ab inſtitutione pendeat non à legato vel fideicommiſſo *l. quod per manus* 10. *D. de iur. codicill. §. ante heredis Inſt. de legat.* Vt proinde cùm de teſtamenti iure quæritur non tam legatarij aut fideicommiſſarij perſona inſpicienda ſit, quàm heredis inſtituti. Ego tamen contrà putabam. Primùm ex verbis ipſis conſtitutionis, quæ non eum duntaxat caſum complectuntur quo Princeps, vel potentior aliquis inſtitutus ſit, ſed etiam illum quo aliquid Principi aut potentiori relictum proponatur, ſic enim habent verba: *non ſcriptum aliquid ſub noſtrorum nominum mentione falsò adſtruere moliantur*, vt intelligamus parùm referre an inſtitutionis an legati aut fideicommiſſi titulo aliquid Principi vel potentiori relictum fuerit. Deinde ex iuris ratione quæ vult cõſtitutiones ſanctas & fauorabiles, qualem hanc eſſe interpretes omnes fatentur, adiuuandas potiùs benigna interpretatione quàm reſtringendas *l. hoc modo* 64. *in fin. De condit. & demonſtr.* Maximè verò, cùm non tam mero Principum aut potentiorum odio ius hoc nouum inductum ſit, quàm fauore prioris teſtamenti ſolenniter in ſcriptis conditi, cuius euerſionem difficiliorem eſſe debere viſum eſt: Quæ ratio non ceſſat extraneo herede per nuncupationem inſtituto, vt neque verba legis ſi in poſteriore teſtamẽto nuncupatiuo Princeps aut potentior nominatus fuerit, & relicto aliquo, cuiuſcũq; tandẽ nominis, honoratus. Sed me illud prę cipuè mouet, quòd fieri nequit, vt teſtes in poſteriore illo nũcupatiuo teſtamẽto adhibiti teſtimoniũ vtiliter ferãt de legato quin teſtificẽtur etiã de inſtitutione heredis, ſine qua ſubſiſtere legata nõ poſſũt. nec turſũ vt teſtificẽtur de inſtitutione, ac nũcupatione heredis, quin de tota defũcti volũtate teſtificari eos neceſſe ſit & cõſequẽter de legato, vel fideicõmiſſo quod Principi aut potẽtiori relictũ fuerit.

Vltima

Vltima enim voluntas vnica & indiuidua est, quæ si pro parte tantùm probata sit, nullo modo probata intelligitur, vt tractant nostri *ad l. heredes palam 21. D. qui testam. facer. poss. & ad l. 2. C. de bonor. poss. secund. tabul.* Corn. post alios *cons. 309. num. 9. part. 4.* Adeò inquit quòd si aliqui plus probarent, alij minùs non valeret eorum depositio, & tales testes obiici possent, Bellacomb. *in Commun. Opin. tit. De vltim. volunt. & vniuers. testant. dispos. loc. 7. tit. 11. num. 3.* Atqui lex pro falsis testibus habet eos qui de huiusmodi legato vel fideicommisso testimonium dicere velint: Ergo euenire necesse erit, vt partim veri testes existimari debeant, & partim falsi. Veri quod ad priuati heredis institutionem pertinet, Falsi quod ad legatum vel fideicommissum siue Principi, siue potentiori relictum. Quod tamen quam non nisi stultè ac ineptè dici possit, præter id quod per se patet, etiam ex iis apparet, quæ in præcedentibus disputauimus. Nisi fortè quis responsurus sit, Eiusmodi legatum vel fideicommissum pro non dicto habendum esse & pro non nuncupato, propter nouæ constitutionis authoritatem, Heredis verò institutionem non æquè, cùm nulla lege prohibeatur. Idq; exemplo eius quod dici solet, cùm tractatur de his quæ pro non scriptis habentur. Nam si quis heredem scripserit eum, quem scribere iure potuit, legauerit verò ei qui iam tùm mortuus probetur, constat legatum quidem pro non scripto haberi, sicut & si tale quid in testamento scriptum sit, quod intelligi non possit quid significet, At institutionem heredis & reliqua eodem instrumento contenta nihilominùs per seipsa valere *l. 2. l. si eo tempore 4. D. de his quæ pro non script. habent.* Verùm sunt ista longè dissimilia. Non enim aut noua illa constitutio, quæ extat *in d. l. nolumus*, aut alia vlla lex sic loquitur, vt dicat in ea specie qua de agimus, pro non dicto nec nuncupato habendum esse quod in fauorem Principis aut potentioris nuncupatum esse dicatur. Adeóque nec pro falso id haberi oportere, quod testes dictum fuisse pro Principe aut potentiore testificentur: Sed, quod multò grauius est, pro falsis habendos esse testes qui ea de re testimonium velint dicere: quæ res cùm personas ipsorum testium afficiat, non minùs eos repellit à testimonio dicendo pro herede nuncupato quantumlibet priuatus & humilis ille sit, quàm pro principe aut potentiore legatum aliquod aut fideicommissum merito: quia sicuti voluntas testatoris totáque testamenti nuncupatio, ita & testium fides indiuiduum quiddam est, nec pro parte aut valere, aut probari, & pro parte non valere aut non probari potest. Porrò si de legato aut fideicommisso quod Principi relictum fuit, testes deponere necesse est, quis dubitat tam facilè futurum, vt reperiantur testes qui de toto reliquo testamento deponant, id est de nuncupatione in fauorem priuati hominis facta quàm si Princeps ipse institutus diceretur: Cùm non possit tale legatum aut fideicommissum valere nisi aliquo herede instituto. Eadem igitur facilitate mentientur testes circa institutionem heredis, atque circa legatum vel fideicommissum relictum Principi aut potentiori cui gratificari volunt. Proinde ne id eueniat, quod alioqui euenire posse Imperatores prospexerunt, necesse est non minùs ad eum casum quo Principi vel potentiori aliquid relictum sit, quàm ad illum quo siue Princeps, siue aliquis ex potentioribus heres institutus fuerit, nouæ constitutionis potestatem extendere. Illud sanè non improbo, quod interpretes nostri volunt, constitutioni locum non esse si in posteriore testamento nuncupatiuo pia causa heres instituta

proponatur. Sic enim Andræas Tiraquell. ex receptiſſima omnium ſententia *in tractat. De priuileg. piæ cauſ.* An fortè quòd pia cauſa non rectè potentioribus comparetur? Minimè. Recta enim comparatio eſt cùm piæ cuilibet cauſæ iudices fauere ſemper ſoleant, & debeant *l. 3. in princip. D. de alien. iudic. mut. cauſ. fact.* An potiùs quòd in dubio non ſit præſumendum piam cauſam teſtes corrupturam? Ne hoc quidem: Nam nec in Principem præſertim bonum & probum tam improba præſumptio cadere poteſt, vt neque in potentiorem qui perpetuò ſic vixerit, vt nihil tale de ipſius moribus ſuſpicari meritò quis poſſit: Sed quoniam non tam facilè fieri poſſit, vt falſi teſtes inueniãtur, qui pię cauſæ gratificari velint, à qua nullam gratificationis ſuæ ac mendacij mercedem ſperare poſſint: quam ſperarent vtique à Principe aut à potentiore licèt probo, qui eos fortè vera dixiſſe exiſtimaret, Nimirum quia non habet pia cauſa perſonam, quæ donare vel remunerari, vel deniq; alienare quicquam poſſit, ſed tantùm quę accipere, & ærarium augere, Niſi quod quiſquis piæ cauſæ fauet, Deum Opt. Max. remuneratorem ſperare debet. Sed ea remuneratio falſos teſtes allicere, & ad dicendum teſtimonium excitare non poteſt, ac potiùs contrariam pro iis præſumptionem inducere, quod non niſi verum teſtimonium pro pia cauſa laturi vnquã fuerint. Neq; enim mendaciorum & periuriorum remunerator eſt Dominus, ſed bonorum duntaxat operum. Putarem tamen in eo poſteriore teſtamẽto nuncupatiuo in quo pia cauſa eſſet inſtituta ſpecialem prioris teſtamenti in ſcriptis & ſollenniter conditi mentionem fieri oportere, vt prius reuocatum dici poſſit, quod nõ tam facilè per poſterius minùs ſollenne reuocari potuit ſecundum ea, quæ diſputauimus in præcedentibus.

ANTONII FABRI I. C. SEBVSIANISE-NATORIS SABAVDIEN-SIS, ET IN GEBENNENSIS DVCATVS AVDITORIO PRAESIDIS,

DE ERROR. PRAGMAT. ET INTERPR. IVR. *DECAS LXIX.*

ERROR PRIMVS.

De teſtamento facto ad interrogationem notarij, aut alterius.

NYMQVAM

NVMQVAM de hoc quæsiuissent interpretes, An testamentum valeat, factum ad interrogationē notarij, nisi pro certo & explorato habuissent, Posse fieri vt per solum notarij instrumē-tum nullis etiam auditis testibus testamentum nuncupatiuū probetur. Postquàm enim errore suo induxerant vt solius notarij scriptura septem testium dictis æquipolleret, consequens erat vt illud etiam inducerent, quod tamen multò absurdius est, vt ipsius quoque testatoris si non personam, saltem factum & nuncupationem notarius suppleret, ac repræsentaret. Eò siquidem tota hæc quæstio pertinet, an ad testamenti nuncupatiui validitatem sufficiat nuncupatum fuisse heredem à notario interrogante testatorem Titiúmne aut Sempronium heredem esse velit, si posteà testator ad interrogationem respondeat hoc vnum *volo* aut quod Itali suo modo sic efferunt *messersi*. Ita verò quæstionem proposuisse satis est, vt appareat & absurdam esse dubitationem, & falsum quod interpretes ad eā respondēt, Valere huiusmodi testamentum factum ad interrogationem notarij. Sic enim vulgò illi post gloss. *ad l. iubemus C. de testam.* Nam cùm de hoc apud omnes constet, Præcipuam testamenti nuncupatiui sollennitatem in eo consistere, vt heres palàm nuncupetur, id est ita vt exaudiri à testibus ad sollennem vsque numerum possit, quemadmodum interpretatur Vlpianus *in l. heredes palam 21. D. qui testam. facer. poss.* Quis ferat testatorem, qui alteri nuncupanti annuerit, aut disertis verbis consenserit, pro eo haberi acsi palam ipse nuncupasset? Si enim verum est, aliud esse vendere, aliud verò vēdenti consentire, vt est in regula iuris, quantò verius dici potest, Aliud esse heredem palam nuncupare, aliud verò, alteri siue notario, siue priuato cuilibet palam nuncupanti consentire? An non verò id esset quodammodo testari per procuratorem? Siquidem consensus ille quem ponimus subsequi interrogationem notarij, nihil nisi adprobatio, & vt ita dixerim ratihabitio quædam est, quæ porrò maiorem vim & efficaciam habere nequit, quàm vt mandato æquiparetur. Idque tantò magis locum habet in ea specie quam tractamus, cùm nuncupatio per interrogationem facta est à notario quem testator rogauerit, & adhibuerit ad testamentum excipiendum. Quid enim hoc aliud est, quàm rogatum videri à testatore notarium, vt ipse testatoris vice nuncupet heredem? Atqui prorsus inauditum est vt quis per procuratorem testetur, aut vt qui testatur, faciat per procuratorem quicquam eorum, quæ per se facere debeat: Repugnátque iuris regulæ quæ neminem patitur lege agere, id est legis actionem facere per procuratorem, aut quod effectu idem est, alieno nomine *leg. nemo alieno 123. de regul. iur.* Legis enim actio si qua est certè testamentum est, cùm quisquis testatur si modò secundum leges testetur, hoc ipso faciat legem *vulg. leg. verbu legis 120. de verb. signific. & §. disponat Nouell. 22. De nupt.* Ideóque cōstantissimè prudētes omnes veteres decreuerunt Testamētorū iura ipsa per se firma esse oportere non ex alieno arbitrio pendēre *l. illa institutio 32. D. de hered. inst.* Nec minùs leges requirunt quoties nūcupatio heredis faciēda est, vt fiat illa ab ipso testatore, quàm vt aliqua fiat *d. l. iubemus*, in illis verbis, *nomen vel nomina heredis vel heredum ab eo nuncupari.* Et posteà, *quòd si non fuerit factū & nomen heredis vel heredum non fuerit manu testatoris scriptum, vel voce* (repete & supple *testatoris*) *coram testibus nuncupatum.* Et rursum *cùm testator hæc non scripserit, sed nuncupauerit.* Sed apertiùs, & ad rem nostram accom-

modatiùs *in verſic. quemadmodum*, vbi tractans Iuſtinianus non de teſtamentò in ſcriptis, de quo ſolo lex illa facta eſt, ſed de teſtamento nuncupatiuo ſumpta ab eo ſimilitudine, ſcribit ille in hæc verba: *Quemadmodum enim in elogio, quod ſine ſcriptura conficitur, neceſſe eſt teſtatorem voce exprimere nomen vel nomina heredum.* Nec ſanè aliter fieri poteſt vt falſitatibus via præcludatur, quæ cùm in omnibus omnium hominum actibus periculoſiſſimæ ſunt, tum maximè in teſtamentis *d.l.iubemus l.vlt.C. de fideic.* Et miror Baldum *ad d. l.iubemus nu.6 in fin.* pro ſuæ & communis opinionis cõfirmatione, hac vna ratione moueri, quòd fides notarij aufferat omnem ſuſpicionem falſitatis. Id enim ſi ita eſſet, quid aliud requiri oporteret, niſi vt teſtamentum factum eſſet coram notario, nullis quoque adhibitis teſtibus? Quando quidem ſollennis ille & tam magnus ſeptem teſtium numerus non ad aliud inductus eſt ex legibus, quàm ne tam facilè eſſet falſum in teſtamento comminiſci *d.l.vlt.C.de fideic.* Neque tamen hactenus quiſquam dixit ſolam notarij fidem & ſubſcriptionem poſſe ſufficere abſq; teſtibus, apertúſque eſt in contrarium textus *leg.hac conſultiſſima 8. C. qui teſtamentũ facer.poſſ.* in cuius ſpecie id eſt in teſtamento cæci & ſeptẽ teſtes requiruntur, & tabularius vnus, quem nos hodiè notarium appellamus, aut ſaltem vnus alius teſtis pro tabulario ſi tabularij copia haberi non poſſit, vt intelligamus non ſolùm pro ſeptem teſtibus tabularium haberi non poſſe, ſed neque in computando numero qui ad peragenda teſtamenti ſollennia neceſſarius eſt, maiorem ferè tabularij & notarij quàm alterius teſtis cuiuſlibet rationem habendam eſſe. Et magis miror quod ibidem *Baldus* addit, Notario qui ad teſtamentum adhibetur committi totam ſubſtantiam veritatis, vt ſubinde inferat, Ei ergo ſtandum eſſe. Primum enim falſum eſt committi notario totam ſubſtantiam veritatis, quæ haud dubiè in teſtamento nuncupatiuo ſolis teſtibus committitur, ad quorum fidem pertinet, vt ea omnia referant quæ à teſtatore per ſe ipſum nuncupante audiuerunt, déque iis ſolis teſtificentur. Et quamuis eo iure vtamur quoties de teſtamento nuncupatiuo inſtrumentum aliquod conſcriptum eſt, vt ad probationem ſola inſtrumenti fides ſufficiat, neque teſtes in inſtrumento nominatos eam in rem audiri neceſſe ſit, ab errore tamen ſiue pragmaticõrum, ſiue interpretum potiùs quàm à iure is vſus fluxit, vt docuimus in ſuperioribus. Deinde cùm in teſtamentis omnibus ſiue in ſcriptis, ſiue per nuncupationem fiant, non modò veritatis ſubſtantiam adeſſe, ſed etiam requiſitas ſollennitates interuenire oporteat. Debuit Baldus dicere, quod tamen verè rectéque dicere non potuit, ſoli notario committi totam ſubſtantiam ſollennitatis: Quæ cùm non à teſtatore pendeat, ſed à lege, Ineptus ſanè fuerit, qui putauerit inſpiciendum cui ſollennitas commiſſa ſit à teſtatore, ac non potiùs cui commiſſa ſit à legibus, leges porrò de teſtibus ſolis loquuntur præſertim quoties de teſtamento nuncupatiuo tractant, de tabulario verò nunquam, extra caſum *dict. l. hac conſultiſſima*, quæ agit de cæci teſtamento tantùm. Denique cùm veritas ſit hac parte duplex, vna voluntatis, alia ſollennitatis, neutra committi notario poteſt, ſed multò minùs ea quæ eſt voluntatis, & quæ nihil aliud eſt quàm teſtatoris volun-

tas

tas ipſa, cuius nuncupatiuo ſi alterius quàm teſtatoris ore fiat, vtique fatendum ſit teſtamentum non valere, neque tanquam factum ab eo qui teſtatus dicitur, quia non ipſe nuncupauit, neque tanquam factum à nuncupante quia non ſuo nuncupauit nomine ſed alieno, nec de ſua pecunia, ſed de aliena, quod fieri nullo modo poteſt *d. l. verbis legis. & l. conficiuntur* 8. *§. ſi poſt factum D. de iur. codicill.* Quare nec interpretes hanc ſententiam probare audent, niſi reſtrictam pluribus, vt vocant, limitationibus. Inter quas vna illa eſt vt ita demùm habeat locum ſi teſtator articulatè loqui poſſit eo tempore quo ad interrogationem alterius reſpondet, non etiam ſi iam tùm articulatè loqui poſſe deſierit. Sic enim Franciſc. Mantic. ex communi aliorum ſententia *lib. 2. De coniect. vlt. volunt. tit. 6. num. 2. & 4. verſic. ſed vt quæſtio. &* 20. In dubio autem nolunt præſumi, quòd articulatè loqui teſtator potuerit, præſertim ſi in extremis conſtitutus fuerit, niſi cùm teſtamentum in gratiam venientium ab inteſtato factum proponitur, vt tractat Salycet. *in d. l. iubemus.* Nam nec in dubio præſumitur ſanæ mentis eſſe qui in extremis conſtitutus eſt, etiamſi ad interrogationem reſponderit per monoſyllabum *ſic*, niſi alia ſubiiciat verba denotantia ſanam mentem ac bonum intellectum teſtantis, vt loquitur Calcan. *conſ. 91. in fin.* quem refert Gabriel. *in commun. opin. libr. 4. tit. de teſtam. concluſ. 2. numer. 6.* Probátque Mantica *vbi ſupr. num. 9.* Addens, Eum qui languet in extremis mortuo ſimilem eſſe, ideóq; maximũ eo tempore ſubeſſe periculum ne falſitas committatur, Quomodo ſcriptum eſt *in d. l. iubemus.* Alia limitatio eſt à pleriſque, licèt non ab omnibus probata, vt ſupradicta opinio procedat ſi teſtamentum ad alterius interrogationem factum vnicum ſit, non etiam ſi aliud præcedat de cuius reuocatione tractari oporteat. Nec enim tam facile eſt vt prius teſtamentum ſollenniter perfectum tollatur per poſterius quod non niſi ad interrogationem alterius factum fuerit, Caſtr. *ad d. l. hac conſultiſſima §. at cùm humana fragilitas. C. de teſtam.* & alij quos refert Gabriel. *dict. concl. 2 num. 7.* Niſi, inquit ille, *num. 9.* aliunde conſtet de voluntate teſtatoris quòd expreſsè prius teſtamentum reuocare voluerit, ex Carol. Ruin. *conſil. 12. numer. 11. volum. 2.* & Socin. iun. *conſil. 144. numer. 53. verſic. nec demùm obſtat quòd hæc fuerint volum. 2.* Tertia eſt, Si dictante teſtatore ſcripſerit notarius, qui poſteà interrogauit teſtatorem An velit ita teſtatus eſſe. Nam ſi dictantibus conſanguineis vel aliis quibuſlibet notarius ſcripſerit, magis probant interpretes vt tale teſtamentum etiam ad notarij interrogationem factum non valeat, Quæ fuit ſententia Pauli Caſtren. *ad d. §. at cùm humana fragilitas.* Ac quamuis non deſint qui contrariam Cyni opinionem *in d. l. iubemus*, ſequi malint, Receptior tamen illa eſt quam Paulus Caſtrenſis induxit, vt teſtatur Gabriel. vbi *ſupr. numero 2. in fin.* Niſi, inquit, conſtaret rogatum fuiſſe notarium ab ipſo teſtatore, ex Cornel. *conſilio* 304. *numero* 16. *& ſequen. volumine* 1. *& ad d. l. iubemus in fin.* Aut adiectam eſſe clauſulam codicillarem de expreſſa voluntate teſtatoris ex Gualdenſ. *cautel. 2. De hered. inſtit.* Quarta, præcipuique momenti limitatio eſt, ſi interrogatio facta ſit ab ipſo notario, non item ſi ab alia perſona ſuſpecta, puta ſi ab herede aut ab aliquo ex agnatis, vel cognatis, vel affinibus, vel deniq; amicis

heredis in eo testamento instituti. Sic namque Cyn. ad *d. l. iubemus* & alij per multi quos congerit Gabriel. *dict. conclus. 2. num. 16.* in cuius fine post alios recensitos non paucos quibus contraria opinio magis placuit, inter quos potuit nominare Boerium *decis. 35. num. 6.* Concludit hanc esse magis communem, sublimitandam tamen, nisi testator explicitè voluntatem suam declarauerat per prius. Quasi eo casu nihil causæ sit cur de ipsius voluntate dubitari oporteat, Ex Marian. iunior. *dict. cons. 144. num. 53. & seq.* Item, nisi testator rogauerit notarium vel testes vt suo testamento interuenirent, Ex Corn. *in d. l. iubemus in fin.* Tertiò, nisi testator tale testamentum per se dictasset, & posteà ad interrogationem alterius respondisset *sic*, vel, *omnia sibi placere* ex Bald. *in d. l. iubemus in fin.* Quæ tamen sublimitatio ad primam pertinet, in eáque continetur. Quartò, nisi testator consensisset in clausula codicillari. Quo casu volũt talem dispositionem valituram in vim fideicommissi ex Guald. *caut. 1. De hered. inst.* Adeóque si facta esset per verba communia ex Bald. *Nouell. in l. 1. §. si quis ita D. de verb. oblig.* Quintò, nisi in eo testamento ad interrogationem alterius facto instituti sint venientes ab intestato ex Hieronymo Grat. *consil. 90. volum. 2.* Refert & probat Gabriel. vbi *supr. numer. 22.* Atque ita quidem interpretes nostri & tradunt, & limitant, & sublimitant.

ERROR SECVNDVS.

Si notarius ad cuius interrogationem factum est testamentum rogatus sit à testatore, aut si testator ipse testamentum dictauerit.

AT ego meram verámque iuris rationem secutus quæ tot limitationes & sublimitationes non nouit, indistinctè defendo, Nunquam valere huiusmodi testamenta ad interrogationem alterius facta, nec magis si notarius ille sit qui interrogauit, etiam si constet adhibitum eum & rogatum à testatore, quàm si vel heres ipse institutus, vel aliquis ex eius amicis testatorem interrogasset. Non enim solum hoc obseruãdum est, quod vnum interpretes obseruant, Vtrum deficiat volũtas, sed illud etiam præcipuè, Vtrum adsit sollennitas, Paria enim sunt quoties de testamẽto agitur, Deficere veritatem, & Deficere sollennitatem. *l. si veritas 23. C. de fideic.* Sollennitas verò haud dubiè deficit, quoties is qui heres institutus dicitur neque scriptus fuit, neq; nuncupatus, ab ipso testatore. Nec possum videre quo vel iuris vel æquitatis colore interpretes hoc nouum & toti Iurisprudentiæ nostræ incognitũ testandi genus magis probent cùm testator voluit per nuncupationem testari, quã cùm testari voluit in scriptis: quo casu fatentur omnes non valiturum testamentũ quod ad interrogationem alterius etiã notarij factum esset. Gabriel. *dict. concl. 2. nu. vlt.* post Ioan. Andr. *in addit. ad Speculat. tit. De testam. §. 1. vers. quid si is & decis. Neap. 143. in antiquis.* Quasi verò nuncupatio heredis minor sollennitas sit aut minùs necessaria in testamento nuncupatiuo, quàm scriptura testatoris in testamento in scriptis, aut quasi facilius permittendum sit testatori vt testando per nuncupationem, non tamen nuncupet nomen

nomen heredis,quàm vt testando in scriptis,non illud scribat manu propria. Quod tantum abest vt verum sit,vt è contrario remissa sit testantibus in scriptis necessitas scribendi propria manu nomen heredis *Nouell. 119.vt sponsalit.largit.cap.9.§.quia verò*, Vnde sumpta est *Authen.& non obseruato eo.C.de testam.* Nunquam verò remissa sit necessitas nuncupandi heredis propria voce si quis per nuncupationem testari velit. Nam nec prisca consuetudo ita ferebat vt in testamento in scriptis nomen heredis propria testatoris manu scriptum esse oporteret *l.hac consultissima 21.C.de testam.l.seruus 28.D.qui testam.facer.poss.* cùm tamen semper obtinuerit vt in testamento nuncupatiuo nomen heredis à testatore palam nuncupari necesse esset *d. l. heredes palam 21.D. eod.* Neque verò casum illum excipio, qui ex omnibus quos interpretes congerunt,minimam dubitationem recipere videtur, si testator ipse testamentum dictauerit notario à quo postmodum sit interrogatus, Aut ante notarij interrogationem declarauerit quomodo testari vellet. Nam cùm neque dictatio,neque declaratio illa testamentum sit, sed quid præparatorium testamenti lõgéque aliud sit Testari,aliud verò Testari velle,frustrà est si quis in præparando testamento eas sollennitates adhibeat, quas lex adhiberi vult in actu ipso testamenti. Nec nisi fauore cæci per nuncupationem testantis receptum vspiam video vt testamenti chartulam à testatore ipso dictatam sufficiat exhiberi testatori coram testibus à notario. Qua de re expressim facta est Iustini constitutio *in d. l. hac consultissima 8.§.at cùm humana fragilitas C.de testam.* quæ tamen non contenta est nuda & simplici respõsione testatoris ad interrogationem notarij. Sed illud præterea omnimodo exigit vt postquàm tenor scripturæ omnibus innotuerit, testator elogium se profiteatur suum agnoscere,& ex animi sui sententia disposuisse quæ lecta sunt : Hoc etiam addito vt in fine subscriptio sequatur testium, necnon signacula omnium tam testium,quàm notarij vt lex ait,aut si notarius & tabularius in eo loco nullus sit, alterius qui in notarij & tabularij locum, & in octauum testem adhibendus sit. Cùm verò in solo cæci testamento nuncupatiuo ita nominatim cautum & constitutum fuerit ;non est dubitandũ quin alio iure in omnibus cæterorum omnium testamẽtis vti debeamus. Quamquam multò apertior res est si ponas neque dictatam,neque aliter declaratam à testatore voluntatem suam priùs quàm à notario interrogaretur. Tũc enim dubitari meo iudicio non pôtest quin testamentum factum videri debeat,non solùm ad suggestionem alterius (quod nec Baldus diffitetur *ad d. l.iubemus num.6.* cùm ait talem interrogationem suggestionem quãdam esse potiùs quàm voluntatis requisitionem. Quasi verò tam licitum sit suggerere testamentum, quàm testatoris adfectionem blando sermone aut bene merito aliquo prouocare vt *in l. vltim. D. si quis aliq. testar. prohib. l.captatoriæ 71. D. de hered. instit.*) Sed etiam quod absurdius est, per interrogantem ipsum qui heredem nuncupat, potiùs quàm per testatorem qui tacito heredis nomine respondet simpliciter ad alterius interrogationem. Neque rursus distinguo an interrogatio facta sit à notario an ab herede, aut ab alio quem heres ipse fortassis subiecerit. Quis enim nescit tam esse facile illi qui testatoris hereditatem captat, vt subiiciat notarium quàm vt alium quemlibet ad interrogandum testatorem? Aut cur non æquè dicamus testatorem interrogatum à notario respondisse tam breuiter vt se à molestia redimeret potiùs quàm quod ita disponere vellet? An non perinde molestus

est notarius ac alius quilibet, cùm semimortuum testatorem & in extremis constitutum interrogat, An non adprobet illud testamentum quod in charta iam scripta continetur? Denique quis hodie magis suspectus est, quàm notarius quoties suspicio aliqua interuenire potest ne quid falsi circa testementum excogitetur? Aut à quibus præterquàm à notariis falsa testamenta conscribi & confingi audimus? Idq; sanè ita euenire necesse est, postquàm inualuit ex interpretum errore vt solius notarij fides pro septem testibus habeatur nec aliud quicquam præter notarij subscriptionem ad voluntatis, & sollennitatis probationē requiratur: quod certè Papinianus vel huius periculi solius metu, nunquam admitteret.

ERROR TERTIVS.

De testamento condito per relationem ad aliam scripturam.

TESTAMENTO ad interrogationem alterius facto de quo proximè diximus, non valde absimile illud est, quod per relationem ad aliam scripturam factum esse proponatur, De quo iam dicendum aliquid nobis est. Nam & interpretum nostrorum communis sententia illa est, vt hoc quoque testamenti genus valeat si modò alia illa scriptura ad quam testator se retulit certa sit, & indubitata, vt dubitari nequeat quin ea ipsa sit de qua testator sensit, Nec tantùm si testatoris ipsius manu scripta probetur vt voluit Bartolus *ad l. si ita scripsero* 38. *de condic. & demonstr.* saltem per comparationem literarum quam hoc casu sufficere respondit Carol. Ruin. *cons.* 11. *num.* 7. *vol.* 3. Sed etiamsi alterius manu scriptam eam esse constet vt contra Bart. defendit Castrens. *ad d. l. si ita scripsero*, & alij quos refert ac sequitur Ant. Gabriel. *libr.* 4. *commun. opin. titul. de testam. conclus.* 11. *num.* 7. Mouentur autem in hanc sententiam interpretes vnica ratione illa quòd nihil referat an testator explicitè nomina heredum expresserit, an implicitè per relationem ad aliam scripturam, cùm vtroque casu testatoris voluntas certa sit, & explorata. Rationem verò hanc probant ex variis iuris locis quibus id ipsum non obscurè probari arbitrantur. Primus est *in dict. l. si ita scripsero*, vbi Paulus scribit si in testamento ita scripsero, *Quantum codicillis Titio legauero.* licèt codicillis legatum explicetur, tamen ex testamento valere solamque quantitatem in codicillis delatam esse. Nam & apud veteres, inquit, legata talia fuere, *Quantum ei per epistolam scripsero, Quantum ex illa actione detraxero, heres dato.* Alius locus est *in l. quem heredi* 25. *D. de reb. dub.* vbi Celsus ait, si testator in testamento suo ita scripserit *Quem heredi meo dixero velle me liberum esse, liber esto*: Aut ita, *Cui vt dare damnas sit heres meus dixero, ei heres meus dare damnas esto*, testatoris voluntatem si quibusdam argumentis apparebit de quo dixerit adimplendam esse. Sed omnium accommodatissimus in hanc rem textus interpretibus videtur apud Papinianum *in l. asse toto* 77. *D. de hered. inst.* in cuius specie cùm asse toto non distributo ita scriptum esset, *Quem heredem codicillis fecero, heres esto*, & Titium codicillis heredē testator instituisset, Non dubitat Papinianus quin Tiij institutio valeat, Ideo quòd,

licè

licèt codicillis dari hereditas non possit, hæc tamen ex testamento data videtur, Quamuis non plus ex hereditate Titius habere debeat, quàm quantum ex hereditate residuum mansit. Nec sanè potest negari, quin locus ille probet apertissimè, Posse testamentum in scriptis ita fieri vt tamen heredis nomen scribatur in alia scriptura etiam minùs sollenni, vt puta in codicillis, Nempe si ea scriptura quam testator codicillorum nomine donauit, & ad quam se retulit sollennitatem habeat codicillorum, id est non pauciores quàm quinque testes vt Castrensis tractat ad *l. si ita scripsero.* Alioqui non potest videri scriptus in codicillis heres, qui institutus est in ea scriptura quæ codicillorum nomen non mereatur. Cæterùm si testator relationem habuerit ad aliam scripturæ speciem, quæ nomen aliud certæ sollennitatis nullum habeat, idem meo iudicio, iuris erit nec minùs valebit institutio tanquam quæ non tam per illam scripturam facta sit quàm in testamento, tametsi extra testamentum, nec nisi per scripturam illam fuerit declarata. Non enim maior hac parte potestas est codicillorum quàm alterius scripturæ cuiuslibet minùs sollennis, quandoquidem non magis per codicillos quàm per epistolam aut aliam scripturam quamlibet hereditas dari potest. Illud tamen semper adesse oportet, vt scriptura illa sit indubitata, nec hæsitandi causa vlla subsit quin ea ipsa sit, de qua testator senserit. Sed & illud omnino requiri puto, vt heredis nomen quod in testamento scriptum non est, alicubi scriptum sit. Nam cùm testamentum siue in scriptis, siue per nuncupationem factum ab institutione solà vires accipiat *l. quod per manus* 10. *D. de iur. codicill.* quomodo fieri obsecro potest, vt in scriptis testatus videatur ille qui heredis sui nomen nullibi scripserit? Quare si ponas testatorem in testamento sollenni per scripturam condito ita scripsisse *Quem Titio dixero velle me heredem mihi esse, ille heres mihi esto,* non puto valiturum testamentum vt ex eo possit heres esse is quem testator Titio dixerit quamuis manifestè constet quem Titio dixerit velle se sibi heredem esse. In eoq; obseruo differentiam inter institutionem, & legata. Etsi enim non magis legata extra testamentum dari possunt quàm hereditas relinqui, Nihil tamen vetat ita relinqui legatum in testamento in scriptis vt relatio fiat non ad scripturam aliquam, sed ad id quod testator voce nuda alicui dixerit: Vt *in d. l. quem heredi.* Et ratio est quia cùm non perinde ex legatis sicut ex institutione testamẽtum estimetur, fieri facile potest, vt legata debeantur tanquam ex testamento in scriptis, etiamsi neque in eo testamento scripta sint, neq; ad aliam scripturam relata, sed tantùm voce alicubi nuncupata. Quemadmodum è conuerso fit interdum vt testamentum sit nuncupatiuum, Legata verò scribantur in codicillis quos idem testator posteà fecerit per scripturam *vt in l. vlt. D. de iur. codic.* Neque defuerunt, qui hanc differentiam inter nos obseruauerint inter institutionem & legata, ac fideicommissa singularia quæ vocant illi particularia, De quibus solis tractat Bart. *ad d. l. si ita scripsero,* non etiam de institutione, vt & Castrensis bene vidit, & Ias. *ad l. certum 6. num. 1. post princip. D. de reb. credit.* Quorum tamen sententia non obtinuit. Probatum enim est magis communiter nihil hac parte institutionem à legatis differre vt testatur Iul. Clar. *lib. 3. sent. in §. testamentum quæst. 4. num. 3. vers. sed pone & quæst. 36. num. 2.* quod & Castrens. ipse sensit *in d. l. hac consultissima 21. §. per. nuncupationem C. de testam.*

ERROR QVARTVS.

De differentia teſtamenti in ſcriptis & nuncupatiui cùm agitur de teſtamento facto per relationem ad aliud.

SED neſcio an adhuc quiſquam obſeruauerit differẽtiam, quæ iudicio meo conſtituenda eſt in huiuſmodi quæſtione inter teſtamenta in ſcriptis & nuncupatiua. Non enim ſicuti valere diximus teſtamentum in ſcriptis in quo per relationem tantùm ad codicillos æquè ſcriptos heres aliquis ſcriptus ſit *d. l. aſſe toto*, Ita poſſumus admittere teſtamentum nuncupatiuum valere, in quo heredis nuncupatio palàm & coram ſollenni numero teſtium non aliter facta ſit, quàm per relationem ad aliam nuncupationem alio loco, & coram aliis teſtibus factam: Tantum abeſt vt exiſtimemus poſſe valere teſtamentum nuncupatiuum in quo facta ſit nuncupatio per relationem ad aliquam ſcripturam, quomodo valere interpretes volunt, cùm nec teſtamentum in ſcriptis valere poſſit in quo non ſit ſcriptus heres niſi per relationem ad nuncupationem, quemadmodum iam diximus. Differentiæ autem huius ratio illa eſt, ni fallor, quòd non ſicut in teſtamento nuncupatiuo heredes palam nuncupandi ſunt, id eſt ita vt eorum nomina à ſollenni teſtium numero audiantur *d. l. heredes palam*, ſic vllo iuris loco proditum eſt in teſtamẽto in ſcriptis heredum nomina palam ſcribi oportere, hoc eſt præſentibus videntibus & ſcientibus iis qui ad ſignandum teſtamentum adhibentur: Cùm non eo minùs valeant huiuſmodi teſtamẽta in ſcriptis, quòd heredum nomine à teſtibus ignorentur, vt ſcriptũ eſt *in d. l. hac conſultiſſima* 21. *C. de teſtam.* In id enim præcipuè comparatus eſt vſus teſtamentorũ in ſcriptis, vt ſecreta poſſit eſſe voluntas teſtatoris, & ipſis quoq; teſtibus teſtamentariis incognita, Propter quam cauſam olim ſecreta & myſtica dicebantur vt ſuperiore Decade monuimus. Quòd ſi in hoc quoq; teſtamentorũ genere illa tamẽ dubitandi cauſa ſuberat ne valere viderentur, ſi quando ita fierẽt vt teſtes quæ in eo eſſent ſcripta, neſcirent, vt oſtendit ſupradicta Theodoſij conſtitutio in illis verbis, *nec ideò infirmari quòd teſtes neſciant quæ in eo ſcripta ſunt teſtamento.* Quis nõ videt diuerſum planè ius eſſe in teſtamẽto nũcupatiuo, nec valere illud poſſe ſi quo caſu fic fiat vt nomina heredũ in eo nuncupatorũ à teſtibus ignorẽtur? Nã quod interpretes reſpondẽt, poſſe nuncupationẽ fieri palã, & tamen non explicitè fieri ſed implicitè & facta relatione ad ſcripturã aliquam, vel aliam nuncupationẽ, Ego planè fateor me non intelligere. Quid enim aliud eſt *palam* quid fieri, quàm explicitè fieri, & ita vt nulla re alia opus ſit ad aſſequendã eius quod palam fit, pleniſſimã cognitionẽ? Aut quænam interpretatio dictionis huius apertior eſſe poteſt, q̃ quæ ab Vlpiano traditur *in d. l. heredes palã*, Nuncupãdos eſſe heredes palã, ita vt exaudiri poſſint eorũ ſcilicet nomina: Palàm, inquit, nõ vtiq; in publicũ ſed vt exaudiri teſtator poſſit cùm heredes nuncupat. Quomodo autẽ fieri poteſt vt vel exaudiatur teſtator heredes nuncupãs vel exaudiãtur nomina heredũ nũcupatorũ ſi nominatio implicitè tãtùm fiat, id eſt nullo expreſſo nomine, & per relationẽ ad aliquã ſcripturã, aut ad aliã nuncupationem? Itaq; ſi verum eſt, vt eſt, contradictoria hæc eſſe, Implicitè quid fieri & explicitè, fatendũ eſt meo iudicio nõ minùs implicare

contra.

contradictionem vt palam fieri dicatur id,quod nõ niſi implicitè fiat. Quicquid enim fit implicitè,& per relationem ad aliud,id vt obſcurè fiat,neceſſe eſt.Ergo non palam,Poteſt quidem id quod certificatur per relationem ad aliud æquè certum eſſe acſi digito vel oculis demonſtratum eſſet *d.l.certum. 6.de reb.credit.*Sed æquè notum,& quod idem eſt,æquè palam eſſe non poteſt.Porrò heredis inſtitutio quæ per nuncupationem fiat,non tantùm certa eſſe debet, ac certæ perſonæ, quod vtique per relationem ad ſcripturam aliquam poſſet æquè contingere,ſed etiam teſtibus palam ſignificata,quod certè niſi per explicitam nuncupationem fieri nullomodo poteſt: cúmque pro teſtamenti nuncupatiui forma illud præſcriptum ſit vt palam & explicitè nuncupationem fieri oporteat,repugnat ſanè vt poſſit fieri per relationẽ ad aliud, ſecundum id quod ipſis quoque interpretibus vulgò placet, expreſſionem quæ eſt de forma non poſſe fieri per relationem,neque per æquipollens *cap. pen.*vbi Abb.*per ill.tex.extr.de iureiur.* cum aliis quamplurib̃us quos congerit Gabriel.*dict.concl.11.num.9.* Quamuis ille ibidem ſubiiciat non probari ſibi hanc rationem.Propterea quòd inquit, nomen heredis pro forma exprimi debeat in teſtamento nuncupatiuo,& tamen exprimi poſſit per relationem ad aliud. In quo ſanè petit principium vt nemo non videt,ac ſi quid mei iudicij eſt,ſupponit falſum. Et verò ſi nuncupatio implicita ſufficeret ad teſtamenti nuncupatiui validitatem, ſequeretur vt quoties teſtamentum in ſcriptis factum eſſet,quod tamen ex aliqua cauſa valere non poſſet,puta ob defectum alicuius ſollennitatis,defendendum nihilominùs eſſet iure teſtamenti nuncupatiui. Nam cùm inter cæteras teſtamenti in ſcriptis ſollennitates vna illa ſit, vt teſtator coram ſeptem teſtibus dicat ſuum eſſe teſtamentum quod offertur,vt habet Theodoſij conſtitutio *in dicta l. hac conſultiſſima*, teſtamentum autem eſſe non poſſit niſi in quo heres aliquis inſtitutus ſit,negari certè non poteſt,quin omnis qui teſtator in ſcriptis,& ſcripturam quam profert aſſerit ſuum eſſe teſtamentum,hoc ipſo nũcupet heredes ſuos per relationem ad eam ipſam ſcripturam,indéque nimirum eſt quod veteres etiam cùm de teſtamento in ſcriptis loquebantur,hãc teſtamenti nuncupationem appellabant quæ fiebat per ea verba ſollennia quæ ſuperiore Decade retulimus ex Vlpiano *in Fragment.titul.20. Hæc vtibus tabulis ceriſve ſcripta ſunt,ita do,ita lego,ita teſtor.Itaque vos Quirites,teſtimonium perhibetote.* Perinde igitur eſt acſi diceret *hos nuncupo heredes quorum nomina in his tabulis continentur.* nec quicquam vel amplius vel apertiùs in hac poſteriore formula, quàm in ſuperiore continetur.Erit ergo hoc teſtamentum in ſcriptis etiam nuncupatiuum,ſi nuncupationem ſufficit implicitè fieri per relationem ad aliquam ſcripturam vt volunt interpretes. Maximè verò cùm iiſdem placeat,quod nos ſequenti capite refutabimus. Nihil repugnare quominùs vnum & idem numero teſtamentum cenſeatur vtriuſque teſtamenti iure & in ſcriptis & nuncupatiui, quaſi ſint hæ teſtamentorum ſpecies differẽtes ac diuerſæ magis quàm pugnãtes.Atqui negat Theodoſius valere teſtamẽtũ in ſcriptis ſi non omnes ſuas habeat ſollẽnitates quę neceſſariæ ſunt,vt eo iure valere poſſit.Non ergo patitur vt valeat iure nuncupatiui teſtamenti.Alioqui eſſet hoc imponere legem verbis non rebus,cũ lex dicat tale teſtamentum pro infecto & imperfecto haberi oportere. Atque ita iam ante nos benè ratiocinatus eſt Paul.Caſtr. *ad d. l. ſi ita ſcripſero,*

Cui tamen placet addere quod in supradicta Theodosij constitutione sequi tur *in §. ex imperfecto*, Ex imperfecto testamento non defendi voluntatem defuncti nisi inter liberos. Nam cùm inter liberos non testamenti iure defendatur sed tanquam vltima voluntas intestati vt & *in §. vlt. eiusd. leg. & in l. vlt. C. famil. ercisc.* vt pluribus ostendimus *Decad.* 35. Multò igitur minus dici potest ex testamento in scriptis quod eo iure imperfectum, & pro infecto habendum sit, conseruari voluntatem iure testamenti nuncupatiui etiam inter extraneos. Quod tamen prorsus consequens esset dicere, si quis cum interpretibus vellet contendere, Testamentum nuncupatiuum valere in quo heres nuncupatus sit implicitè per relationem ad scripturam.

ERROR QVINTVS.

De testatore qui certum testandi genus elegit, an ad illud se adstrinxerit.

NEQVE responderi potest quod Castrensis sui quodammodo immemor respondet pro Bart. *in d. §. per nuncupationem*, Theodosium *in d. l. hac consultissima*, de eo testatore tractare qui se adstrinxerit ad certum & determinatum illud genus testandi in scriptis, Cùm ponat rogatos à testatore testes vt subscriptiones suas & signacula adhiberent, quæ testamentorum in scriptis propria sollennitas est. Nam cùm fateatur Castrensis quod nemo vnquam negauit, esse hanc vnam ex præcipuis sollennitatibus testamentorum in scriptis vt testium signacula & subscriptiones adhibeantur, déque iis adhibendis testes rogentur, eueniet necessariò vt numquam possit fieri locus sententiæ interpretum, qui nuncupationem illam implicitam sufficere volunt ad validitatem nuncupatiui testamenti, Quia semper verum erit eum, qui in scriptis testatus fuerit se adstrinxisse ad certum illud testandi genus: Nisi eo demum casu, quo poneres testatorem expressim cauisse vt testamentum valeret omni meliori modo, quæ vulgaris notariorum nostri temporis clausula est aut apposuisse iuramentum, quod æquipollere aiunt ei clausulæ, cuius eam potestatem mirabilem esse volunt, vt si quod ago non valeat vt ago, valeat saltem vt valere potest. Ita enim ex communi Doctorum sententia tradit Mantic. *lib. 1. De Coniect. vlt. volunt. tit. 7. num. 4.* Scilicet si constet clausulam illam non modò scriptam fuisse à notario, sed etiam dictatam & expressam à testatore, ex Paris. *cons. 19. cum præced. & subseq. vol. 3.* & Grammat. *decis. 62. num. 72.* Et tamē fatetur ibidem Mantica non esse hunc casum de quo dubitant interpretes, cùm nullam omnino dubitationem recipiat: Sed illum solum quo testator nec se restrinxerit ad testamentum in scriptis, nec supradictam clausulam adiecerit, neque tamē heredum nomina explicitè nuncupauerit, sed tantùm implicitè. Nam si testator qui neque restrinxit se ad testandum in scriptis, neque expressit vt testamentum valeret omni meliori modo, explicitè tamē voluntatem suam testibus aperuerit. Admittit Mantica. *numer. 6.* communem Doctorum scholam concludere testamentum vt nuncupatiuum sustine-

ri debe

ri debere si non valeat tanquam in scriptis conditum. Ratione illa quòd in dubio non sit credendus testator se voluisse restringere ad vnam tantùm speciem testandi & elegisse viam per quam iudicia sua impugnarentur *arg. l. 3. D. de testam. milit.* quódque actus sic debeat intelligi vt valeat potiùs quàm pereat *l. quoties* 12. *D. de reb. dub.* Denique quòd in dubio pronunciandum sit pro testamento *cap. vlt. Extr. de re iudic. l. si pars* 10. *D. inoff. testam.* Quæ tamen rationes omnes perinde locum habent si heredis nuncupatio facta sit implicitè per relationem ad certam scripturam atque si explicitè facta esset. Cur enim vno casu potiùs quàm alio præsumamus prudentem testatorem se restrinxisse ad certum genus testandi eámque viam elegisse per quam testamẽtũ euertatur? Cùm si interpretibus credimus nihil omnino referat an heres nuncupatus sit explicitè, an implicitè, quod ad hoc, vt nihilominùs vtroque casu heres palàm nuncupatus intelligatur? Præsertim cùm nec abhorreat à natura testamenti in scriptis vt heres palam nuncupetur, si modò concurrãt cætera quæ ad testamentum in scriptis sunt necessaria *dict. l. inbemus* 29. *C. de testam.* Non nego, eum qui subscriptiones & signacula testium adhibet hoc ipso non obscurè voluntátem suam declarare, quòd in scriptis testari velit. Sed nego consecutionem si quis ex eo inferat, Velle igitur illum se adstringere ad certum hoc testandi genus, ne testamentum valere possit tanquam nuncupatiuum si quo casu fieri posset, vt quod iure testamenti in scriptis non valeret, iure nuncupatiui defenderetur. Nam & in specie *d. l. 3. de test. milit.* tractat Vlpianus de eo milite qui destinauerat & voluerat communi iure testari, nec eo minùs tamen ait, Non statim videri eum beneficio & priuilegio militari renunciasse, & voluisse vt neque iure militari valeret testamentum, si iure communi valere non posset. Subiicitque rationem illam perelegantem *nec credendus est quisquam genus testandi eligere ad impugnanda iudicia sua.* Quibus verbis ostendit *eligere* dicendum eum non qui hoc vult, aut etiam qui hoc mauult quàm illud, sed eum demùm qui hoc ita vult aut mauult, vt illud prorsus nolit. Proinde vt quis dicatur elegisse viam testandi in scriptis, non sufficit vt voluerit testari in scriptis, idque maluerit quàm testari per nuncupationem, Adeoque tametsi verbis disertis, quod magis est, id expresserit, sed illud omnino requiritur vt dicat nolle se testari per nuncupationem. Sic dicimus Eum qui facto iure testamento aliud posterius facit, Velle quidem hoc ipso reuocatum esse prius testamentum, quippe qui sciat se cum duobus testamentis decedere non posse, & tamen non ideò quisquam benè dixerit, Velle ipsum adeò se restringere ad posterius testamentum, vt prius valere nullomodo velit. Nam imò verò credendus est, non aliter reuocatum velle prius, quàm si posterius valeat, quippe qui ad secundum accedat testamentum non vt decedat sine testamento, sed vt cum alio testamento *leg. si iure* 18. *de legat.* 3. Ergo si ita ius esset, quomodo esse volunt interpretes, vt idem numero testamentum possit saltem sub disiunctione valere vtroque iure, & tanquam in scriptis, & tanquam nuncupatiuum, vtque implicita quoque nũcupatio haud secus, quàm explicita prosit ad essentiam testamenti nuncupatiui constituendam: nihil certè causæ est, cur dicamus testatorem, qui coram septem testibus declarauit, velle se in scriptis testari, ob eámque causam subscriptiones, & signacula testium adhiberi iussit, hoc ipso voluisse adeò se restringere ad certam illam speciem testandi, vt si testamentum valere non

posset tanquam in scriptis factum, nec tanquam nuncupatiuum id valere pateretur, tametsi ratio iuris pati posset. Non igitur ex testatoris voluntate proficiscitur quod ait Theodosius *in d. leg. hac consultissima*, Testamentum quasi in scriptis factum si eo iure valere ob aliquas sollennitates omissas non possit, pro imperfecto infectóque habendum esse vt consequenter nec nuncupatiui iure defendatur, sed ex mera iuris potestate quæ non patitur vt idem testamentum possit disiunctim & sub alternatione valere & tanquam in scriptis, & tanquam nuncupatiuum. Nec rursus vt nuncupatiuum testamentum dici vllomodo possit, quod implicitam duntaxat continet nuncupationem. Idque non tantùm ex supradicta Theodosij constitutione probari optimè potest, sed etiam ex Iustiniani *Nouell. 127. vt sponsalit. largit. cap. 9. §. quia verò*. Vnde sumpta est *Aut. & non obseruato eo* posita *ad d. leg. iubemus. 29. C. de testam.* vbi Iustinianus scribit Euersa fuisse multorum testamẽta ob prætermissam nouam illam sollennitatem quam ipse induxerat per *dict. leg. iubemus*, vt quisquis testari in scriptis vellet, proprium nomen heredis vel manu propria scribere, vel ore proprio coram testibus nũcupare cogeretur. Quænam enim poterat subesse ratio euertendi testamenti in quo heredem testator ore suo nuncupauerat, tametsi aliquid ex subscriptionibus & signaculis testium deesset, quominùs valeret saltem iure testamenti nuncupatiui cùm explicita nuncupatio facta esset, Adeóque licèt non nisi implicitè facta proponeretur, si ita ius erat vt nuncupatio quælibet etiam implicita sufficere posset, ad stabiliendam vim testamenti nuncupatiui? Nam si pro ratione adferas solam voluntatem testatoris in scriptis testari volentis, iam dixi non ideò consequens fore vt beneficio testamenti nuncupatiui statim renunciare voluerit is qui testari voluit in scriptis. Ex *d. leg. 3. D. de testament. milit.*

ERROR SEXTVS.

De testamentorum in scriptis & nuncupatiui incompatibilitate.

ADMITTAMVS ergo, quod res est, neque posse testamẽtum valere quasi nuncupatiuum, quod in scriptis facere testator voluit, aut contrà, cùm sint ista planè contradictoria Velle quẽ testari in scriptis, & nõ in scriptis, quod postremum fit testando per nuncupationẽ, neque vllo casu fieri posse vt nuncupatio, quæ implicitè tantùm facta sit, maximè verò si per relationem ad aliquam scripturam constituere possit testamẽtũ nuncupatiuum: Præterquàm in specie *l. hac consultissima 8. C. qui testam. facer. poss.* id est cùm agitur de testamento cęci, in quo specialiter constitutum est à Iustiniano, vt sufficiat chartulam, quã tamen cæcus ipse dictauerit, recitari à tabulario coram septem testibus, quorum subscriptiones & signacula itémque tabularij, aut si tabularius eo loco nullus sit, octaui alicuius testis subinde adhibeantur. Nam quod lex ait sufficere hoc casu vt testator suum se elogium agnoscere profiteatur, & ex animi sui quæ lecta sunt disposuisse sententia, nihil sanè aliud nisi implicitam nuncupationem significat, quam proinde hoc casu sufficere fatendum est. Sed

ab eo

ab eo quod ſpecialiter in teſtamento cæci conſtitutum fuit, ad cætera cæterorum teſtamenta nuncupatiua argumentari nullomodo poſſumus, Cùm vt eſt in vulgari noſtrorum brocardico, leges ſpeciales & correctoriæ nunquã ſint extendendæ, Ne quidem ex identitate adeóq;, vt loquuntur, maioritate rationis. Itaque fruſtra erit ſi dicas, Nuncupationem implicitam quæ poteſt in teſtamento cæci ſufficere, multò magis in alterius cuiuſlibet teſtamento ſufficere debere, in quo minor ſubſit ſuſpicio falſitatis. Replicabo enim non idem in aliorum teſtamentis conſtitutum eſſe, Aut ſi eam conſtitutionem ad conſequentias trahere velis, Eaſdẽ igitur ſollennitates adhibẽdas fore in huiuſmodi teſtamẽtis nuncupatiuis, quas in cæci teſtamento adhiberi Iuſtinus voluit: Omnes ſcilicet illas quæ in teſtamento in ſcriptis adhibendæ eſſent, & hoc amplius tabularij, aut alterius pro tabulario, teſtis octaui ſignaculũ & ſubſcriptionẽ: Nec enim minor cautio ſufficere poſſe viſa eſt ad remouendã falſi ſuſpicionẽ quoties accidit vt vel teſtator videre teſtes non poſſit, vel teſtes audire nuncupationẽ palã ab ipſo teſtatore faciendã. Etſi hoc quoque in Iuſtini lege notatu & obſeruatione dignũ eſt quod inter cæteras ſollẽnitates requirit Iuſtinus hanc primã & præcipuã, vt teſtator ad ſe conuocatos teſtes omnes edoceat ſe ſine ſcriptis teſtari velle, quãuis alioqui omnes eas ſollẽnitates interuenire neceſſe ſit quæ in teſtamento in ſcriptis exiguntur, Ita vt ſi ea ſollennitas prætermiſſa ſit, non magis teſtamentum valere poſſit quàm ſi qua alia prætermiſſa eſſet. Quod tamen ſine ratione conſtitutum videretur, ſi tam facile eſſet quàm eſſe volunt interpretes vt valeret teſtamentum tanquam nuncupatiuum etiã de quo nihil tale dictum fuiſſet. Exigimus itaque vt quiſquis teſtatur hoc primùm teſtes edoceat an in ſcriptis, an ſine ſcriptis teſtari velit, quia ſi in ſcriptis teſtari ſe velle dixerit, nunquam fieri poterit, vt teſtamentum quod eo iure valere non poteſt ob aliquam ſollennitatem omiſſam valeat iure nuncupatiui. Sicut è contrario ſi teſtator dixerit ſe ſine ſcriptis teſtari velle, & aliquid ſit quod impediat ne teſtamentum iure nuncupatiui valere poſſit, nunquam eueniet vt defendatur iure teſtamenti in ſcriptis, Nec ſi teſtator expreſſerit velle ſe vt teſtamentum ſuum valeat omni meliori modo aut etiam apertiùs, quomodo noſtri temporis notarij exprimere ſolent, Velle ſe vt ſi teſtamentum non valebit iure teſtamenti in ſcriptis, valeat iure nuncupatiui. Nec enim eius clauſulæ effectus vllus eſſe poteſt, ne quidem ex voluntate teſtatoris inter contradictoria, cuiuſmodi hæc eſſe ſuprà diximus, Teſtari in ſcriptis, & ſine ſcriptis: Nec quod teſtamentum nuncupatiuum poſſit recipere omnes ſollennitates teſtamenti in ſcriptis vt *in d.l. hac conſultiſſima 8. C. qui teſtam. facer. poſſ.* aut teſtamentum in ſcriptis recipere etiam ſollennitatem apertæ & explicitæ nuncupationis *d.l. iubemus 29. C. de teſtamen.* ad rem quicquam facit, vt ideò teſtamentorum toto genere diſtinctorum iura confundi oporteat. Differentia enim quæ eſt inter hæc teſtandi genera non tam ex adhibitis ſollennitatibus æſtimanda eſt, ſi adhibendi neceſſitatem tollas (nam quæ in teſtamento in ſcriptis, non eædem in teſtamento nuncupatiuo neceſſariæ ſunt aut contrà) quàm ex voluntate & electione teſtatoris: Qui ſicut vtram velit teſtandi viam eligere poteſt, ita vnam eligendo alteram ſibi præcludit neceſſariò, nec facere poteſt vt non ſe adſtringat ad certum illud genus teſtandi quod elegerit. Neque ſimile eſt quod ſuprà diximus de milite qui cùm poſſet teſtari iure militari, maluit teſtari iure communi: Quem conſtat non ideò

Digitized by Google

se adstrinxisse ad genus illud testandi, vt si testamentum iure communi valere nequeat, ideò minùs iure militari defendatur. *d.l.3.de testam.milit.* Non enim contradictionem implicat vt quis velit iure communi testari, & in subsidium, si testamentum eo iure valere non possit, velit etiam testari iure militari, Quia testamentum militare non differt genere aut specie à cæteris testamentis, sed tantùm priuilegio, cùm omnia militaria testamenta necesse sit vel in scriptis fieri vel sine scriptis. At manifestam implicat contradictionem vt quis & in scriptis & sine scriptis testari velit, quemadmodum pluribus à nobis probatum est *in Error.9.Decad.36.*

ERROR SEPTIMVS.

De potestate clausulæ codicillaris in fauorem legitimi heredis, & cur minùs possit clausula omni meliori modo, vt testamentum ex scripto fiat nuncupatiuum.

OBIICIAT fortasse aliquis nec insubtiliter, non minùs implicare contradictionem vt quis velit & testatus decedere & intestatus in totum, Nec eo minùs tamen posse fieri per clausulam codicillarem, vt si testamentum valere non possit, defendatur voluntas ab intestato iure codicillorum, vt *in l. Lucius* 88. *alias l. codicillis §. vlt. de legat.2. l.1. D. de iur. codic. l. vlt. C. de codicill. l. generaliter.24. §. ex testamento D. de fideic. libert. l.1. C. eod.* Quidni ergo similiter licebit facere saltem per adiectam expressim clausulam *omni meliori modo* vt testamentum quod valere non potest tanquam testamentum in scriptis, valeat tamen iure nuncupatiui? Respondeo longè dissimilem esse istorum rationem, quia etiamsi maximè quis testatus decedere velit, fieri tamen facilè potest vt inuitus decedat ab intestato, siue quod testandi facultatem & testium fortè copiam non habuerit vt *in l. conficiuntur* 8. *§.1. D. de iur. codic.* siue quòd aliquid omiserit ex sollennibus, Nemo enim facere potest quin leges in suo testamento locũ habeant *vulg. l. nemo potest* 55. *deleg.1.* Ideoq; prudenter facit paterfamilias, qui vt sibi suæq; volũtati aduersus tale periculum prospiciat adhibet in testamento clausulam codicillarem, vt in eum casum quo testamẽtum non valeat, etiam ab intestato, & eo quo fieri potest modo, voluntas conseruetur. Quod cùm facit non ideò tamen moritur intestatus, quia voluit, sed quia nullum condidit satis iustum testamentum. Neq; enim cuiusquam voluntatem lex requirit vt is moriatur intestatus. Neque testator hîc voluntatem legis ad suam accommodat, sed quod necessarium est, suam potiùs ad legis voluntatem. At nemo siue in scriptis, siue per nuncupationem & absque scriptis testatur inuitus, sed is demum qui sic voluit. Nec rursus quemadmodum lex dat legitimum heredem inuito, si non priùs condito ritè testamento anteuertat ille potestatem legis, Ita dici potest, cuiusquam testamentum aut in scriptis aut sine scriptis fieri per legem, quamuis testamẽta omnia quoquomodo facta fuerint, necesse sit, ad hoc vt valeant, confirmata per legem esse *l. lege obuenire* 130. *de verb. signific.* Testator enim *ipse* est qui testatur & testando legem facit, non lex quæ subsequitur tantùm & confirmat iustam defuncti voluntatem. Vnde fit vt testamentum, quod quis facere

voluit

Digitized by Google

voluit aut in scriptis, aut sine scriptis, lex confirmet eo tantùm iure ac modo, quò factum est: non alio quo factum non est, licèt fieri potuerit, tametsi hoc quoque testator velle se expressérit. Debétque sibi testator imputare, si cùm sciret aut scire deberet, nullam se nisi ex legibus testandi facultatem habere, aliter tamen testatus est quàm testari ex legibus debuit, siue in scriptis, siue absque scriptis testari voluerit. Non enim vtroque modo testandi facultatem habuit à lege, vt vtroque testamenti genere siue coniunctim, siue disiunctim vteretur, sed vt eligeret, atque vt eligendo ad certam illam & electam testandi speciem se adstringeret, exemplo eius, quod de variis actionibus legatorum nomine legatario concessis scriptum est *in l. cùm filius 76. §. varias de leg. 2.* Non ea mente datas esse legatariis plures actiones vt pluribus simul vti possint, sed tantùm vt laxior eis facultas agendi sit, possintq; ex vna quæ interim fuerit electa, legatum petere. Nam nec necessitas vlla est permittendi vt quis possit iisdem verbis & in scriptis & sine scriptis testari, cùm apud se priùs deliberare ac inspicere debeat, qui testaturus est, an sollennitates omnes adhibere possit quæ in hoc, aut in illo testandi genere desiderantur, & vtromodo testari magis sibi expediat. Quis enim cogebat eum testari in scriptis, si videbat posse se tutiùs testari sine scriptis & per nuncupationem? An non satis est, patére illi viam quam ipse elegerit? *l. si mulier 21. §. vlt. D. quod met. caus. l. vlt. C. de codicill. l. quod in herede 9. §. eligere, D. de tribut. act.* Proinde non tam vtitur potestate sibi à legibus data, quàm abutitur is, qui expressim profitetur testari quidem velle se in scriptis, sed ita tamen vt si eo iure testamentum valere non poterit, valeat iure nuncupatiui, aut etiam contrà. Nec est quod talem voluntatem lex confirmet eius hominis cui leges ipsæ ludibrio esse videantur *arg. l. vlt. §. vlt. C. de bon. quæ liber.* quique inuocando leges vt eo modo quem elegerit siue in scriptis, siue per nuncupationem testari possit, leges tamen contemnat, non adhibendo eas sollennitates quas adhiberi leges volunt ab omnibus, qui eo modo testantur *arg. l. auxilium 37. in fin. D. de minor.* Denique quoties de testamentis agimus quæ non à sola testatoris voluntate, sed à legum authoritate potissimum pendent, non tam inspiciendum est quid testator voluerit, quàm quid secundum leges velle & potuerit & debuerit. Nec ipsi diffitentur interpretes, Non posse quem ita velle testari simul & in scriptis & sine scriptis, vt vtroque iure testamentum defendatur. Nos verò hoc tantùm addimus, Non posse fieri ne quidem ex testatoris expressa voluntate, vt testamentum tanquam in scriptis factum si eo iure non valeat, sustineatur tanquam nuncupatiuum, Aut è conuerso vt quod quasi nũcupatiuum factum est defendatur iure testamenti in scriptis eo casu quo eueniat ex alia causa ne iure nuncupatiui valere possit, Alioqui essent stulti testatores omnes qui præfarentur se hoc vel illo modo testari velle, cùm esset semper tutius, vtroq; testari, Et parùm prouidi fuissent prudentes nostri veteres qui ex duplici illo testandi genere speciem vnam testamenti expeditiorem & tutiorem nũ induxissent quemadmodum ex triplici iure, legis scilicet duodecim tabularũ, Edicti prætorij, & constitutionum Imperialium ius testandi in scriptis composuerũt teste Iustiniano nostro *in Titulo De testam. ordin.* Sed animaduertit illi prudẽtissimè, Ridiculũ esse testatorẽ & indignũ planè cui faueatur qui electa vna testãdi via, subinde ad aliã decurrat, quãuis nõ nisi sub illa cõditione, si contingat testamentum nõ valere eo iure quo testari voluit: Cùm non

nisi per eũ stet quominùs valeat eo iure scilicet quia nõ adhibuit requisitas sollennitates quas adhibere vtique potuit, Nam si nõ potuit, tantò indignior est cui subueniatur, non ob id solùm quòd ex legibus contra leges testari voluerit, sed etiam quòd cùm aliam testandi viam quæ ex legibus obuia patebat, eligere primùm posset, neglexit tamen, & aliam sibi præclusam frustra eligere maluit. Planè si post electam testandi viam vnam, vt puta in scriptis, malit postea testari per nuncupationẽ quasi mutata volũtate, Non negamus id ei licere, sed alio in eam rem testamento opus esse contendimus. Nec nisi vnum & idem numero testamentum & tanquam in scriptis & tanquam nuncupatiuum valere nullo modo posse defendimus.

ERROR OCTAVVS.

De clausula Omni meliori modo, *an suppleat omnes defectus sollennitatis, & incapacitatem testantis.*

EX iis quæ proximè diximus, apparet quàm falsum sit quod omnes interpretes nostri non solùm pro vero, sed etiam pro indubitato habent, Testamentum quod tanquam sollenne & in scriptis factum sit si eo iure ob aliquam sollennitatem omissam valere non possit, defendi tanquam nuncupatiuum, cùm in eo apposita est clausula *Omni meliori modo.* Quod ex aliorum nõ minùs quàm ex sua sententia tradit Mantica *lib. 1. De coniect. vltim. volunt. tit. 7. num. 4.* Nam si ne tum quidem fieri hoc potest cùm testator expressim cauit, vt valeret testamentum tanquam nuncupatiuum si tanquam in scriptis valere non posset, propter incompatibilitatẽ nimirum iuris ac voluntatis, quemadmodum modò disputauimus, Quantò minùs admittendum est vt hunc effectum habere possit clausula illa *Omni meliori modo*, quæ nihil tale continet nisi per interpretationem? Prius enim est vt quæramus An possit testator aliquid velle, quàm vtrum id ipsum voluerit aut dixerit. Certum autem est neque clausulam illam *omni meliori modo*, neque codicillarem, aut alias huiusmodi si quæ sunt supplere posse defectum voluntatis, sed tantùm sollennitatis vt tractant nostri *ad l. Lucius* 88. *aliàs l. codicillis §. vltim. de leg. 2. & ad l. 1. D. de iur. codicill.* siue voluntas deficiat ex parte testantis, siue propter prohibitionem iuris tali voluntati resistentis. Nihil enim est quod minùs velle quis dici possit, quàm quod etiamsi maximè velit, velle tamen non possit, cùm id omne quod lex fieri prohibet pro impossibili habeatur *l. filius* 15. *D. de condic. institut.* Sed neque sollennitatum omnium defectum supplere possunt huiusmodi clausulæ. Nam & interpretes ipsi fatentur post Bartol. *ad leg. illud* 13. *§. tractari. D. de iur. codicill.* nunquam ex iis suppleri defectum sollennioris voluntatis. Finge testatorem qui id agebat vt per nuncupationem testaretur, expressim disposuisse vt omni meliori modo valeret testamentum, si iure nuncupatiui valere non posset. Non idcirco poterit defendi tanquam testamentum in scriptis, nec si ponas omnes in eo sollennitates interuenisse, quæ in testamento in scriptis interuenire debuerunt, solámque heredis nuncupationem

nuncupationem defuisse quæ in testamento nuncupatiuo tam necessaria, quã in testamento sollenni ac in scriptis non necessaria est: Nimirum quia longè maior sollennitas in testamento in scriptis quàm in nuncupatiuo requiritur, nec credibile est testatorem qui huiusmodi clausulam adiecit vt sollennitates suppleret quarum defectum in eo actu verebatur, cogitasse de alia voluntatis specie quæ plures maioresque sollennitates exigeret. Quod in codicillari clausula minorem certè habet dubitationem. Huius enim clausulæ nomen ipsum ostendit non aliam esse voluntatem eius qui in suo testamento eam adhibet, quàm vt si testamentum valere non possit iure testamenti, defendatur iure codicillorum: & consequenter iure voluntatis minùs sollennis, cùm nullam iuris sollennitatem codicilli desiderent, nisi quod numerum quinque testium requirunt post Theodosij constitutionem *in l. vlt. C. de codicill.* quæ hoc ius primùm induxit, à Iustiniano posteà confirmatum *in l. cùm antiquitas 28. ad fin. C. de testam.*

ERROR NONVS.

De codicillis factis per nuncupationem.

ILLVD quoque, ni fallor, à Theodosio inductum est *in dict. leg. vlt.* quòd possint codicilli fieri tam sine scriptis quàm in scriptis, cùm toti iurisprudentiæ veteri fuisset incognitus vsus & inauditum nomen codicillorum sine scriptis & per nuncupationem factorum, vt iam in præcedentibus non semel diximus, repugnante scilicet nomine ipso codicillorum propriáque nominis significatione: Quia codicilli ex tabulis cera illitis fiebant, sic dicti quasi per diminutionem quòd breuiores essent codicibus vt in sinu gestari possent, & ad differentiam testamentorum quæ in tabulis grandioribus scribebantur, vt notat Francisc. Hotom. *ad instit. tit. de codicill.* Vt proinde tam ineptum sit dicere Codicillos aliquos fieri sine scriptis & per nuncupationem, quàm si quis non testamenta sed testamentorum tabulas distingueret in eas quæ in scriptis fierent, & eas quæ sine scriptis & per nuncupationem. Quod omnino ridiculum esset. Tabulas enim testamenti quoties dicimus, testamentum in scriptis semper intelligimus: Nunquam verò testamentum nuncupatiuum, quippe quod tabularum vsum non modò non exigit, sed nec admittit. Ideoq; nimirum Marcianus *in l. Diui 6. §. codicillos eod. tit. de iur. codicill.* monet non esse necesse codicillos scribi manu ipsius codicillantis, vt significet necesse tamen esse vt scripti sint. Et *in l. 3. eod. tit.* bene Vlpianus, *plerique pagani solent*, inquit, *cùm testamenta faciunt per scripturam, adiicere velle se hoc etiam vice codicillorum valere.* Cur verò *per scripturam*? nisi quia testamentum nuncupatiuum cùm fiat sine scriptura non potest valere iure codicillorum qui scripturam omnimodo Vlpiani temporibus exigebant. Ideoque dubitandum non est quin hodie possit is quoque qui per nuncupationem testatur adiicere clausulam codicillarem, postquàm Theodosio placuit vt etiam sine scriptis fieri codicilli possint. Sed & illud noui à Theodosio inductum est *in d. l. vlt. in fin. C. de codicill.* vt quinque testes illos quos in codicillis adhiberi voluit, cùm anteà nulli requirerentur eodem tempore adesse & inter-

uenire neceſſe ſit, adeóque ſubſcriptiones ſuas accommodare cùm codicilli in ſcriptis fiunt: Ad exemplum ſcilicèt teſtamenti in ſcriptis. Poſt quam cõſtitutionem negari ſanè non poteſt quin aliquam eámque ſatis magnam ſollennitatem ordinationis codicilli deſiderent, præſertim ſi in ſcriptis fiant, nec ſatis mirari poſſum quod in contrarium Iuſtinianus ſcribit *in §. vlt. Inſt. de codicill.* Niſi quòd toto illo tit. tractat de codicillis accommodatè ad ius vetus, quod haud dubiè tale erat vt nulla penitus ſollẽnitas in codicillis præter ſcripturam exigeretur, dummodo ſcripturæ fides conſtaret: nec meminit conſtitutionis Theodoſianæ quæ prima, vt diximus, hoc ius nouum fecit. Vtut ſit illud etiam hodie verum manet longè minorem ſollennitatem in codicillis requiri quàm in teſtamento ſiue in ſcriptis, ſiue nuncupatiuo, ſiue numerum teſtium reſpicias, qui maior in teſtamentis adhibendus eſt, ſiue qualitatem, cùm neque maſculos, neque rogatos eſſe in codicillis neceſſe ſit, quomodo in teſtamẽtis. Itaq; tametſi nõ poſſint hodie codicilli opponi teſtamento tanquã voluntas non ſollẽnis ſollenni, vt olim, opponi tamen poſſunt tanquam voluntas minùs ſollennis magis ſollenni. Quod ſufficit vt per clauſulam codicillarem poſſit iure codicillorum conſeruari voluntas, quæ teſtamenti iure defendi non poteſt: Siue ex teſtamento aliquo præcedente, ſiue ab inteſtato tantùm codicilli facti videantur.

ERROR DECIMVS.

In quo potentior ſit clauſula Omni meliori modo, quàm codicillaris, aut in quo infirmior.

NEQVE minorem clauſulæ *omni meliori modo* poteſtatem eſſe fatendum eſt, ad ſupplendum ſollennitatis defectum, hactenus vt voluntas ſollennior quæ tanquam talis valere non poteſt, ſaltem tanquam minùs ſollennis conſeruetur. Imò plus poteſt clauſula *omni meliori modo* hac parte, quàm codicillaris, quoniam codicillaris ſi ſola ſit nec aliam comitẽ habeat, quomodo habet plerumque ex hodierno ſtylo notariorum, nihil aliud facere poteſt niſi vt teſtamentum conuertatur in codicillos, & inſtitutio directa in fideicommiſſum. At illa *omni meliori modo* poteſt voluntatem conſeruare etiam iure donationis cauſa mortis ſi eo iure poſſit valere voluntas, quæ nec codicillorum iure valere poſſet. Quod tamen quoniã deinùm caſu contingere poſſit, difficile videtur dicere. Siquidem nec minore quàm quinque teſtium numero vnquam conſtata eſt donatio cauſa mortis, ſi noſtris credimus *ad leg. vlt. C. de donat. cauſ. mort.* & hoc amplius exigit præſentiam donatarij quam codicilli non requirunt *l. inter mortis 38. D. eod.* Quomodo igitur fieri poteſt vt iure donationis cauſa mortis valeat illa voluntas, quæ nequeat valere iure codicillorum? Maximè verò cùm placeat mortis cauſa donationem non minùs quàm codicillos ſpeciem vnam conſtituere vltimæ voluntatis. *ex d. l. vlt. C. eod.* Sed habent interpretes, quod reſpondeant, allato exemplo de filiofamilias teſtante cum authoritate & con-

Digitized by Google

consensu patris. Nam constat non posse huiusmodi testamentum valere iure testamenti quia lex duodecim tabularum, quæ testandi facultatem ciuibus romanis dedit, de solo patrefamilias non etiam de filio familias locuta fuit *l. qui in potest. ste 6. D. qui testam. facer. poss.* Nec rursus iure codicillorum, quia certum illud quoque est non alium posse codicillos facere quàm qui testari etiam posset *l. Diui 6. §. codicillos l. conficiuntur 8. §. codicilli D. de iur. codicil.* Et tamen volunt omnes defendi hanc filij familias voluntatem iure donationis causa mortis, non solùm si filius familias testator id nominatim expresserit, qui casus minorem aut potiùs nullam penitus dubitationem apud eos habere creditur, sed etsi simpliciter & generaliter disposuerit vt valeat testamentum omni meliori modo, si tamen concurrant cætera quæ ad mortis causa donationem necessaria existimantur, id est sufficiens numerus testium & præsentia donatarij. Quòd si ita est, latiùs hercle patet clausula *omni meliori modo* quàm codicillaris, de qua nemo dubitat quin supplere nequeat incapacitatem, quæ sit in persona testantis, vt tractant omnes *ad d. l. 1. D. de iur. codicill.* Nempe quoniam, vt diximus, paris cuiusque potestatis est licèt dissimilis voluntatis testamentum & codicillos facere posse. At secundum interpretes fieri potest donatio causa mortis etiam ab eo qui testari non possit: cùm extra omnem sit dubitationem posse filium familias donare causa mortis si modò consensus patris accedat *l. tam is 25 §. filius familias D. de mort. caus. donat.* Mihi tamen traditio hæc non modò suspecta, sed etiam falsa semper visa est. Nec enim magis fieri posse arbitror, vt siue filius familias, siue quisquis alius testari non potest, possit donare causa mortis, quàm decedere cũ codicillis aut alia qualibet vltima voluntate, nec si interueniat consensus & authoritas patris: Quia cùm vltima quælibet volũtas egeat legis confirmatione ad hoc vt post obitum disponentis valere, atque effectum habere incipiat, nulla potest esse hac parte inter vltimas voluntates differentia, semperque verum est nulla vnquam lege permissum esse filiofamilias vt possit decedere cum aliqua specie vltimæ voluntatis. Et longè alia Iureconsulti sententia est *in d. § filius familias*, vbi non de alia donatione tractat, quàm quæ facta sit à filiofamilias ex peculio profectitio de consensu patris, ac proinde quæ non tam à filio ipso mortis suæ causa, quàm à patre mortis causa filij facta esse videatur, quemadmodum pluribus à nobis tractatum, & comprobatum est *in Error. 7. & seq. Decad. 43.* Non igitur casus vllus dari potest, in quo clausula *omni meliori modo* magis quàm clausula codicillaris suppleat incapacitatem testantis. Quinetiam si verum amamus, facilius est vt clausula codicillaris quàm vt clausula *omni meliori modo* conseruet voluntatem iniusto & inutili testamento declaratam. Qui enim vult testamentum sic valere omni meliori modo, vtique nihil aliud exprimit quàm vt testamentum valeat omni eo meliori modo quo testamentum valere potest, puta vt si non valeat iure communi valeat iure militari, *vt in l. 3. D. de testam. milit.* aut ex alio priuilegio, fortassis testamenti inter liberos, aut ruri, aut pestis tempore facti. Itémque si interpretibus nostris plus quàm iuris rationi tribuas, Vt testamentum sollenniter & in scriptis conditum si eo iure valere non possit valeat tanquam nuncupatiuum, vtrumque enim testamentũ est, nec nisi testandi modo & iure ista differunt. Cæ-

terùm vt is qui teſtamentum ſuum omni meliori modo valere voluit illud etiam voluiſſe videatur vt valeat iure codicillorum, ſiue ex teſtamento, ſiue ab inteſtato factorum, non magis fieri aut dici poteſt, quàm vt teſtamentorum & codicillorum nomina iuráque confundantur: quod nunquam ferendum eſt *l. ſi idem 7. C. de codicill. §. codicillis inſt. eod.* At is qui in teſtamento nõ ſatis ſollenni clauſulam codicillarem adhibet non ſolùm apertiſſimè ſed etiam aptiſſimè ſignificat velle ſe non modò teſtamentum facere, verùm etiam codicillos, ſi teſtamentum eo teſtamenti iure quo factum eſt valere nõ poſſit: In quo nihil abſurdi aut contradictionis eſt, niſi fortè cum interpretibus noſtris tam malè loqui velis vt dicas, teſtamentum ſuſtineri per clauſulam codicillarem, quaſi verò poſſit facere clauſula codicillaris vt teſtamentum valeat iure teſtamenti, ac non potiùs vt teſtamentum conuertatur in codicillos & inſtitutio in fideicommiſſum *l. quærebatur 19. D. de teſtam. milit. d. l. vlt. C. de codicill.* Quid ergo? Voluntas quæ teſtamento minùs ſollenni declarata fuerat, conſeruatur per clauſulam codicillarem, ſed iure codicillorũ non teſtamenti, atque ita ſemper verum eſt euerti perindéque nullius momenti eſſe teſtamentum, in quo appoſita eſt clauſula codicillaris, acſi appoſita in eo non fuiſſet. Idque nos etiam alio huius Chiliadis loco iam docuimus. Quemadmodum & illud quod tamen hic repetere non piget, non tantam vim eſſe debere huiuſmodi clauſularum, quantam eſſe volunt interpretes. Cùm vt plurimùm neque dictantibus teſtatoribus, neque ex ipſorum aperta expreſſáque voluntate teſtamentis inferantur, ſed ex notariorum ſtylo, non ſolùm etiamſi de eo nihil teſtator dixerit, ſed etiam quod abſurdius eſt, etiamſi talis teſtator proponatur qui clauſularum iſtarum, neque vim, neque vſum intelligat, quam vix notarij ipſi ſi paucos ex iis excipias bene percipiunt. Quomodo autem fieri poteſt vt ignorantis voluntas aliqua eſſe intelligatur? Quare non ſine cauſa ex ipſis quoque interpretibus plerique diſtinguunt An dictante ipſo teſtatore huiuſmodi clauſulæ inſertæ ſint, an ex ſtylo tantùm & de capite notarij, vt loquuntur, ſicuti diximus in ſuperioribus ex Mãtic. *l. 1. De coniect. vlt. volunt. tit. 7. num. 5.* poſt Pariſ. *conſ. 19. & ſubſeq. vol. 3.* Grammat. *deciſ. 62. num. 72.* Quamquam multò ſatius eſſet omnibus iſtis dubitationibus & diſtinctionibus viam præcludi, reuocato velut per poſtliminiũ iure illo quod prudẽtum noſtrorum & Imperatorum temporibus ſemper obtinuit, vt non alia teſtamenta valerent quàm quæ vel in ſcriptis ſollenniter, vel apud acta, vel coram Principe facta eſſent, vel ſine ſcriptura quidem & per nuncupationem, ſed ita vt per ſollennem teſtium numerum, non vt paſſim hodie fit, per ſolam notarij ſcripturam, quamuis publici inſtrumenti fide munitam, quæcunque à teſtatore dicta & nuncupata eſſent, probari oporteret.

ANT.

ANTONII FABRI I.C. SEBVSIANI SENATORIS SABAVDIENSIS, ET IN GEBENNENSIS DVCATVS AVDITORIO PRAESIDIS,

DE ERROR. PRAGMAT. ET INTERPR. IVR. DECAS LXX.

ERROR PRIMVS.

De negligentia heredis rogati restituere hereditatem. Ad l. mulier 22. §. sed enim D. ad SC. Trebell.

ADMITTVNT quidem interpretes omnes, quòd verissimum est, heredem rogatum de restituenda hereditate non teneri de culpa leui, sed tantùm de dolo, culpaq; lata quæ dolo proxima sit. Ita enim ex Neratio scribit Vlpianus *in l. mulier 22. §. sed enim D. ad SC. Trebell.* vbi ex hoc infert si serui decesserint, vel aliæ res perierint, non cogi eum reddere, quod non habeat. Sed tamen errant vulgò in eo interpretando, quod sequitur apud Vlpianum eodem loco, *Sed etsi cùm distrahere deberet non fecit, latæ culpa, non leui, & rebus suis consueta negligentia, huiusmodi rei rationem reddet.* Sic enim post Accursium intelligunt, vt fideicommissario teneatur heres etiam illius negligentiæ nomine quam in rebus suis adhibere consueuerit si modò sit ea magna, propterea quod, inquit Accurs. negligentia quæ in propriis rebus culpanda & reprehendenda, in alienis punienda ac coërcenda est, *l. si constante 24. §. si maritus D. solut. matrim.* Hoc verò primum est, in quo mihi videntur errare. Nam neque de magna magis quàm de leui negligentia Vlpianus supradictis verbis loquitur, Neque quantacunque negligentia sit heredis in conseruandis rebus hereditariis, eius rationem reddere vllam debet, si probetur æquè negligens in rebus suis. Leuis enim culpa illa est, si quis minorem quàm circumspectiores homines diligentiam in rebus suis adhibere solitus, non minorem tamẽ in alienis quàm in suis adhibeat *§. item is cui inst. quib. mod. re contr. obligat.* Nec repugnat Vlpianus *in d. §. sed enim.* Sunt namque verba quæ retulimus sic accipiẽda, vt dictio *leui*, nõ ad culpam referatur ad differentiam latæ de qua sunt præcedentia, sed ad negligentiam de qua sunt quæ statim sequuntur, acsi scriptum esset paullò clariùs *non leui negligentia, & rebus suis consueta*, vt sint illa quodammodo synonima, Leuis

negligentia heredis,&,ea quæ ipsi in suis rebus consueta est. Error Accursij fuit quòd putauit verba illa *leui culpa*, opposita esse vt latæ culpæ opponerentur,de qua dictũ fuerat affirmatiuè per ablatiuos cõs absolutos *lata culpa*,quę distinguenda sunt per virgulam ab iis quæ immediatè præcedunt *si cum distrahere deberet non fecit*,supplendo *id*, aut quid aliud simile vt appareat orationem esse adfirmatiuam,quæ ponat latam culpam,non quæ illam excludat. In hunc sensum, *si hoc ipsum quod non distraxit,cum distrahere deberet, fecerit per latam culpam non per consuetam rebus suis,id est per leuem negligentiam.* Nam & qui non facit quod facere debet, facit hoc ipso contra id quod facere debet,vt est in iuris regula *l. qui non facit* 121. *De reg. iur.* Secundùm quam interpretationem nemo non videt adiectionem illam *& rebus suis, consueta negligentia*, quam Accursius accepit pro adfirmatiua, negatiuè sumendam esse,cùm regatur ab ea ipsa negatione quæ præcedit dictionem *leui*,ac proinde hanc Vlpiani esse sententiam, vt si heres cessauerit in distrahendis rebus hereditariis,quę posteà perierunt,& ea cessatio non aliam causam habuerit,quàm quòd in suis quoque rebus ita negligens esse consueuisset,non debeat huius culpæ rationem reddere, tanquam quæ non possit dici nisi leuis culpa & non lata, quantacunque fuerit negligentia. Sequitur apud Vlpianum *sed etsi ædes vsta sunt culpa eius,redd. t rationem* vbi benè additum est *culpa eius*,quia licèt vix sit vt incendium fieri possit sine culpa inhabitantium *l.3.§.1.de offic.præfect vigil.* fieri tamen facilè potest sine culpa patrisfamilias *l. si vendita* 10. *D. de pe ic. & commod. rei vendit. l. si modo nulla* 59. *de leg.*1. Quo casu non esset æquum teneri heredem ex facto & culpa fortassis seruorum hereditariorum, quos vendere aut permutare etiam vt meliores compararet,nec potuit nec debuit. Addit Vlpianus *Præterea si qui partus extant & partuum partus,quia in fructib us hi non habentur.* Hoc verò non habet dubitationẽ si cum interpretibus sic intelligas vt & partus & partuũ partus venire debeant in restitutionẽ quia non sunt in fructibus *l. vetus quæstio* 68. *D. de vsufr.l.in pecudũ* 28. *D.de vsur.* qui si in fructu essent, vtiq; in restitutionem non venirent *l. in fideicommissaria* 18. *D.ad SC.Trebe l.* Sed cùm in toto hoc §. non de illo quærat Vlpianus quid veniat in restitutionem aut quid non veniat ex iis rebus hereditariis quæ extant, sed è contrario si res hereditariæ aliquæ perierint an restituere debeat heres id quod non habet, & cuius culpæ rationem reddere, Facilè suspicor mendum subesse in hoc versic. & legendum *erant* pro *extant.* Hoc sensu vt si in hereditate partus aliqui erant, & partuum partus, qui decesserint aut alio modo perierint, cùm eos distrahere debuisset heres, & neglexisset non per leuem & rebus suis consuetam negligentiam,sed per culpam latam, eorum quoque nomine rationem culpæ reddere debeat. Ratio enim illa optimè congruit *quia in fructibus hi non habentur.* Nam si in fructibus essent, adeò pleno iure ad heredem pertinerent vt etiamsi per latam ipsius culpam periissent, nihil tamen eo nomine heredem præstare oporteret,quandoquidem tametsi extarent, nihilomagis restituerentur *d. l. in fideicommissaria.* At quia non sunt in fructibus, quemadmodum restituendi essent si extarent, ita si perierint distinguendum necessariò est, an perierint lata culpa heredis an leui, vt priore casu teneatur heres culpæ reddere rationem, quia si distraxisset non æquè periissent eorũ precia,*l.item si verberatum* 15. *in fin. D.de rei vendic.* Posteriore verò casu non teneatur. Cæterùm si ponas extare, nihil est de

quo

quo quæri possit an eius nomine rationem culpæ reddere heres debeat, de quo tamen solo Vlpianus hîc quærit. Subiicitur apud Vlpianum *sed & ipse si quem sumptum fecit in res hereditarias, detrahet.* Quibus verbis significat Vlpianus, præcedentia omnia eò tendere, vt heres oneretur, & in hoc primùm versiculo incipere tractari de commodo heredis, vt sciatur non quid præstare debeat, sed quid possit detrahere. Ex quo confirmatur tantò apertiùs verum esse, quod modò diximus, superiorem versiculum de iis partubus intelligendum non qui extent, sed qui extare desierint post neglectam lata culpa eorum distractionem. Qui enim extant licèt restituendi sint fideicommissario, tanquam qui sint in fideicommisso, hoc ipso quòd non sunt in fructibus, nullo tamen incommodo præstantur, nec si potuerint & debuerint distrahi, culpa tamen aliqua in eo punitur, quia neque vllum ex ea culpa damnum fideicommissario contingit cui partus ipsi partúmque partus restituuntur. At cùm partus perierunt, quærendum necessariò est cui perierint, ac proinde an culpa aliqua heredis intercesserit, & si qua intercessit an talis ea sit cuius rationem reddere heredem oporteat, id est an lata sit an leuis. Porrò si quem sumptum heres fecerit in res hereditarias, dubitari non potest quin æquum sit, vt eum detrahat, id est vt tantò minus ex hereditate restituat. Nam & cuilibet iusto possessori qui petitione hereditatis à vero herede conueniretur, idem tribuendum esset *l. si quid possessor* 31. *§. sicut autem D. de hered. petit.* Hic autem plus quàm bonæ fidei possessor est cùm sit heres & dominus, nec solùm ante, sed etiam post restitutam quoque hereditatem *§. restituta Inst. de fideic. hered.*

ERROR SECVNDVS.

De emendatione vers. quod si sine d. §. sed enim, Et de sumptibus factis ab herede ad conseruandas res hereditarias ad l. vbi purè 19. §. vlt. ad SC. Trebell.

POSTREMVM quod in hoc §. sequitur illud est *Quod si sine facto eius prolixitate temporis ædes vsu adquisitæ sint, æquissimum erit nihil eum præstare cùm culpa careat.* Hic autem versiculus est qui mihi corruptissimus videtur, & interpretatione potissimùm indigere, simúlque emendatione. Primùm quia non sine facto heredis acquiruntur alteri res hereditariæ, quæ vel vsucapiuntur, vel longa possessione acquiruntur. Facit enim aliquid heres, qui negligens est in vsurpanda vsucapione, quam vsurpare & interrumpere deberet *l. qui non facit* 121. *De regul. iur.* Adeò vt alienare dicatur is quoque qui patitur vsucapi *l. alienationis* 28. *de verb. signific.* Proinde, quæ secunda mea ratio est, aptari ad hunc casum non potest ratio illa quam adfert Vlpianus vt probet nihil debere hoc casu heredem præstare, quòd culpa careat. Non enim culpa caret cui tanta támque damnosa negligentia imputari potest, cùm potuerit & debuerit esse diligentior ad impediendam vsucapionem. Tertiò non possunt ista simul stare vt ædes & prolixitate temporis & vsu acquisitæ sint. Vsu enim acquisitas esse nihil aliud est quàm esse vsucaptas.

Digitized by Google

Vſucapio autem ſi ius Pandectarum inſpicias quod Vlpiani temporibus obtinebat, non prolixitatem temporis exigit ſed biennio concluditur, quod non magis prolixum quàm longum tempus dici poteſt. Nihil enim inter hæc diſtat, & vtroque nomine ſignificatur decennium inter præſentes & vicennium inter abſentes *l. ſuper longi* 11. *C. de præſcript. long. tempor. l. vnic. C. de vſucap. transform. iunct. l. ſi cum fideicommiſſa* 16. *§. Ariſto. D. qui & à quib. manum. liber. non fiant.* Rurſum ſi è contrario velis hunc locum intelligere de ædibus non vſucaptis ſed longa poſſeſſione acquiſitis propter verba illa, *prolixitas temporis*, facies vt non ſatis propriè ac partitè locutus ſit Vlpianus, cùm dixit eas vſu acquiſitas. Non enim ſicut per vſucapionem ita per longi temporis poſſeſſionem acquirebantur olim dominia, ſed tantùm exceptio ad eliendam vindicationem, quæ exceptio eam ob cauſam præſcriptio longi temporis appellabatur *d. l. ſuper longi & tot. ill. tit. De præſcript. long. tempor.* facit *l. penult. de mor. infer.* iunct. *l. 1. eod. l. ſunt perſonæ* 43. *de relig. & ſumpt. funer.* Primúſq; Iuſtinianus fuit qui contrarium ius induxit transformata vſucapione in longi temporis poſſeſſionem & vtriuſque iuribus permixtis *in l. vnic. C. de vſucap. transform.* His nimirum tot rationibus victus cogor dicere loqui Vlpianum in hoc verſic. de ædibus non vſucaptis aut longo tempore poſſeſſis, ſed ſola temporis prolixitate abſumptis, & pro *adquiſita* reponendum eſſe *abſumpta*, delendámque dictionem *vſu*, tanquam irreptitiam, additámque ad interpretanda priora illa verba *prolixitate temporis*, cùm vulgatæ lectionis mendum iam inualuiſſet, ac legi cœpiſſet *adquiſita* pro *abſumta*. Quaſi paria ſint ædes vſu acquiſitas eſſe, & temporis prolixitate abſumptas, quod tamen non ita eſt, vt diximus. Cęterùm emendato errore vulgaris lectionis, apparet nullius ſenſus eſſe dictionem *vſu*. Non enim vſu conſumuntur ædes, quæ prolixitate temporis collabuntur, ſed potiùs non vſu, cùm experientia quotidiana compertum ſit tantò faciliùs ædes corruere & fieri deteriores, quantò rariores ac pauciores ſunt, qui eas inhabitant. Opponit autem Vlpianus vſtis ædibus de, quibus paullò antè dixerat, ædes collapſas ſola temporis vetuſtate: quam ædificiorum ætatem vocat Papinianus *in l. domus hereditarias* 58. *de legat.* 1. Et in vſtis quidem ædibus ponit Vlpianus diſtinguendum eſſe an culpa heredis incendium contigerit an non: Sed in collapſis vetuſtate ſola, indiſtinctè ait nihil debere heredem præſtare, quia culpa caret cùm factum ipſius nullum in eo interuenerit. Quæ ratio vt ſuprà attigimus, nullo modo aptari poteſt ad eum caſum, quo ædes acquiſitæ ſint per vſucapionem, Cùm in dubio ſit magis quod imputetur ei, qui rem hereditariam vſucapi paſſus eſt, quàm vt culpa omnimodo carere exiſtimetur. Quidni enim litem conteſtatus eſt & rem euicit, ne vſucapio compleri poſſet? Quare nec Accurſius ipſe hoc diſſimulare poteſt, qui diſtinguendum eſſe vult, An culpa heredis aliqua interceſſerit in eo quòd vſucapionem non vſurpauit, an nulla, Et rurſum vt caſum aliquem commíniſcatur, in quo ſit heres extra culpam, ſupponit impeditum fuiſſe illum de facto ne poſſet agere, quod prorſus diuinatorium & commentitium eſt, adeóque alienum à mente Vlpiani qui de eo herede tractat quem certum ſit culpa carere, quod non de alio dici generaliter & indiſtinctè poteſt, quàm eo qui paſſus ſit ædes collabi ſola temporis vetuſtate ſine vllo facto ſuo.

Nec

Nec enim huic imputari quicquam potest, ne illud quidem cur eas non refecerit, quas ponimus vetustate & prolixitate temporis tam caducas fuisse, vt nouas fieri facilius fuerit minúsque dispendiosum, quàm refici corruentes. Alioqui si reficere ædes minore damno potuit, imputandum ei est cur necessarios in eam rem sumptus non fecerit, si modò ex ipsa hereditate habuit, vnde faceret, cùm sciret aut scire deberet ita ius esse vt qui in conseruandis rebus hereditariis sumptus facti sunt ab herede ante restitutam hereditatem, imputentur heredi, hoc est ei computentur vt tantò minus restituere debeat cùm restituit hereditatem. Sic enim accipiendum est quod Paulus scribit *in l. vbi purè* 19. *§. vlt. eod. tit. ad SC. Treb.* Non quomodo accipiunt nostri passim post Accursium vt hi sumptus damno cedant heredis, aut, vt distingui oporteat, quomodo distinguunt ij omnes, an sumptus facti sint in præsentem, an in perpetuam rei vtilitatem. *ex l. 3. §. nos generaliter. D. de impens. in reb. dotal. fact.* Nam cùm ipsum *seruandi & conseruandi* nomen habeat tractum temporis, adeò vt si testator eo vsus sit, aptum existimetur ad inducendum fideicommissum *l filiam* 16. *in fin. D. de aur. & argent. legat.* Consequens est vt non possint dici sumptus facti ad conseruandas res hereditarias nisi qui facti sunt ad perpetuam earum vtilitatem, quos proinde nunquam æquum est compensari cum fructibus. Vt nec illos qui facti sunt in rebus distrahendis quas distrahi oportuerit. *l. vlt. §. in computatione C. de iur. delib.* Nec enim vlla præsens vtilitas est rerum quæ distrahuntur, nisi vt precium ex ea distractione redigatur. Quod porrò venit in fideicommissum *leg. planè si filium* 94. *§.* 2. *de legat.* 1. *leg. quidam ita* 25. *§. si quis filium in fin. ad SC. Trebell.* Et consequenter sumptus ad distrahendum factos, heredi à fideicommissario restitui oportet, tanquam quorum vtilitatem solus fideicommissarius non etiam heres sentiat. Quemadmodum igitur in sumptibus qui ad distrahendas res hereditarias facti sunt, distinctio illa interpretum habere locum non potest An ad præsentem duntaxat, an verò ad perpetuam vtilitatem facti sint, ita neque in iis quos heres ad hereditariarum rerum conseruationem fecerit, cùm de vtroque sumptuum genere simpliciter & indistinctè Paulus loquatur. Quare nec Accursius in hac distinctione conquiescit, sed quasi minùs sibi satis faciens, aliam adfert quæ tamen longè improbabilior est, licèt sollenne illi sit eas posteriores adferre quas probabiliores putat, nisi cùm aliud apertè scribit. Ait enim, heredem dixisse Paulum pro fideicommissario, quòd post restitutam hereditatem quamuis ille qui restituit heres remaneat, is tamen cui restituta est incipit esse heredis loco. *§. restituta instit. de fideicommiss. hereditat.* Et ita vult eundem sensum esse Pauli loquentis de herede, & Vlpiani loquentis de fideicommissario. Quod sanè non modò improbabile est, sed etiam ridiculum. Numquam enim adeò impropriè loquuntur Iureconsulti vt heredis & fideicommissarij nomina confundant, quæ non minùs iure quàm sono verborum distinguuntur: Tum verò maximè cùm de herede tractandum est in comparationem fideicommissarii, aut de fideicommissario in comparationem heredis, vt *in d. leg. vbi purè §. vltim.* Addit idem noster

Accursius *ad d.§.sed enim in fin.* vt probet carere culpa heredem qui passus est vsutapi antè restitutionem ædes hereditarias, simile esse quod Vlpianus scribit *in l.si quid possessor* 25.*§.penult.D.de hered.petit.* non posse imputari prędoni cur passus sit debitores hereditarios liberari, vel pauperiores fieri. Sed sunt ista longè dissimilia. Rationem enim idem Vlpianus eo ipso loco subiungit, quòd non potuerit prædo conuenire debitores hereditarios cùm actionem ipse non habuerit qui verus heres non fuit : quæ Papiniani etiam ratiocinatio est *in l.tutores* 39.*in princip.D.de admin.tutor.* At non idem dici potest de herede rogato restituere hereditatem. Hic enim post aditionem & ante restitutionem hereditatis cùm sit heres verè ac dominus habet vtique vindicationem rerum omnium hereditariarũ per quam possit assequi vt res illæ hereditariæ ab aliis bona fide possessæ necdum vsucaptæ sibi restituantur. Proinde si non agat, certè non caret culpa, cuius rationem illum reddere æquum est si ex ea negligentia contigerit vt postmodum vsucapio ante restitutionem compleatur : Nisi suppleas & diuines cum Accursio, de facto, vt ipse loquitur, impeditum fuisse heredem ne agere potuerit, quamuis de iure habuerit actionem. Quod etsi permittam tibi, nihil tamen aliud assequeris nisi vt cogas me fateri, Adhibendam esse hoc casu distinctionem quam tamen fateare necesse est, ab Vlpiano adhibitam nullam fuisse. Sed de illo casu quo negligens fuerit heres in conueniendis debitoribus hereditariis, seperatim tractandum est cap.seq.

ERROR TERTIVS.

De actione subsidiaria, quam dant interpretes contra debitores hereditarios liberatos tempore ex negligentia heredis ad l.si heres institutus 70.§.vlt.eod. tit. ad Treb.

SI temporalis actio relicta sit in hereditate quam heres institutus alteri restituere rogatus est, tempus quo experiri heres ante restitutam hereditatem potuit imputabitur ei cui restituta fuerit, inquit Pomponius *in l.si heres institutus* 70.*§.vlt.D.ad SC.Trebell.* Sẽsus est, nec is obscurus, Currere tempus fideicõmissario etiam priùs, quàm sit ei restituta hereditas, & quamuis nulla ipsius propria negligentia sit, imputari tamen ei negligentiam heredis. Ratio est, quia cùm heres antequàm restituerit hereditatem, agẽdi facultatem habeat & quidem solus, non etiam fideicommissarius qui ante restitutionem sicuti non habet res hereditarias in bonis nec eas alienare posset, ita nec actiones vllas exercere potest *l.ait prætor* 7.*§.quid sit autem D.de tut. delib.* Non alterius quàm heredis negligentia vlla esse potest cuius rationem haberi oporteat in fauorem debitorum hereditariorum, qui temporali duntaxat actione tenentur, vt tantò citiùs liberentur, ne enim ratio vlla est, cur debitoribus hereditariis eripi debeat commodum præscriptionis, quod ex lapsu tẽporis nanciscuntur, cùm per eos non steterit quominùs eo tempore conuenti sint

ti sint ab herede, qui conueniendi potestatem habuit, licèt futurum ex eo sit, vt fideicommissarius ignorans lædatur, qui scilicet tãtò minus temporis habiturus est ad eos post restitutam hereditatem conueniendos. Quamquam si post hereditatis restitutionem ipse quoque negligens sit in agendo, cùm ei superfuerit tantum temporis quantum necesse fuit ad contestandam litem, & perpetuandam actionem: Erit sanè quod ipsi quoque imputetur quare non fuerit diligentior, nec ipsi tenebitur heres ob priorem suam negligentiam quam purgare ipse per diligentiam propriam si voluisset, vtique potuisset. Quid ergo si ante restitutam hereditatem totum tempus præterierit intra quod proponi potuerat, & debuerat hereditaria actio illa temporalis? Amissa erit actio non tantùm heredi sed etiam fideicommissario, quia verum est dicere debitores tempore liberatos esse, nec alias actiones per hereditatis restitutionem transire posse in fideicommissarium, quàm quæ restitutionis tempore saluæ sint heredi, in quarum numero ea esse non potest quæ iam tum sit tempore sublata. Idémque est si restitutæ hereditatis tempore superst actio, & aliquid temporis ad eam instituendam, sed minus quàm necesse sit ad litem contestandam ita vt fideicommissarius nõ propria negligentia sed temporis angustia impediatur ne possit litem contestari, sicque cogatur pati vt dies actionis exeat, vt *in l. ab hostibus 15. §. vlt. & l. seq. D. ex quib. caus. maior.* Non enim eò minus verũ est perire temporalem actionem cùm per debitores hereditarios nihil factum sit quominùs siue ab herede, siue à fideicommissario conuenirentur, tametsi heredis solius nõ etiam fideicommissarij negligentia interceserit. Sed vtroque isto casu tenebitur fideicommissario heres, vt negligentiæ & culpæ suæ rationem reddat, perinde acsi ædes hereditarias culpa sua vel igne absumi, vel vsucapi passus esset, cùm & incendium & vsucapionem prohibere potuisset. Quod & Accursius & cæteri omnes bene tradunt *ad d. §. vlt. ex l. mulier 22. §. sed enim eod. tit.* de cuius sententia & emendatione scripsimus in præcedentibus. Tenebitur autem heres non alia actione quàm ex fideicommisso, vt scilicet fideicommissum adhuc peti possit quasi nondum restitutum, tametsi omnia restituta sint præter actionem istam temporalem, vt euenit quoties aliquid deest restitutioni ex eo quod restituere heres debuit *d. l. si heres 70. §. 1. l. debitor 59. vers. neque fideicommissum eod. tit.* Atque in hoc, vt dixi, omnes interpretes consentiunt. Sed quid si heres non sit soluendo? Idem putant dandam esse illo casu actionem subsidiariam aduersus debitores quamuis liberatos acsi nondum essent liberati, Actionem inquam vtilem & ex illa æquitate, Ne consequantur illi lucrum ex negligentia heredis in præiudicium fideicommissarij. Sic enim Castrensis quem cæteri sequuntur *ad d. §. vltim.* vbi addit, quod magis est, idem admittendum esse si fortè ideò teneri heres non possit, quod non fuerit in culpa lata, cùm non nisi latæ culpæ nomine teneatur. Mouetur autem Castrensis *ex leg. vltim. D. de eo per quem fact. erit* in cuius principio Vlpianus scribit ex illo edicto aduersus eum qui dolo fecit quominùs quis in iudicium vocatus sistat, in factum actionem competere quanti actoris interfuit eum sisti. In quo iudicio, inquit, deducitur si quid interierit actoris ob eam rem, Veluti si reus tempore dominium rei interim sibi acquisierit aut actione liberatus fue-

rit. Tùm subiicit *Planè si is qui dolo fecit quominus in iudicio sistatur soluendo non fuerit, æquius erit aduersus ipsum reum restitutoriam actionem competere, ne propter dolum alienum reus lucrum faciat, & actor damno adficiatur.* Mouetur etiam *ex leg. planè si filium* 94. §. 1. *de legat.* 1. vbi Iulianus tractans de eo qui hereditatem ex qua seruus eius institutus erat, restituere alteri rogatus, eum seruum ante aditionem alteri vendiderat, quærit an hereditatem restituere cogendus sit is, ad quem hereditas ex emptione serui heredis scripti peruenerit. Et ait compellendum esse ad fideicommissi restitutionem eum qui seruum suum heredem scriptum vendidit, cùm precium hereditatis quam restituere rogatus est, habeat. Is autem, inquit, ad quem hereditas ex emptione serui heredis scripti peruenerit, ex causa cogendus erit fideicommissum præstare, id est, si dominus ille serui heredis scripti soluendo non erit. Mihi tamen neque vera videtur ista Castrensis & nostrorum sententia, neque ex supradictis locis bene probari. Quid enim potest imputari debitoribus hereditariis qui tempore liberati sunt, vt post eam liberationem recidant in obligationem & adhuc conueniri possint, acsi non essent liberati? Aut quomodo fieri potest vt extincta & finita tempore actio resuscitetur? Scio tempus non esse modum tollendæ obligationis *leg. obligationum ferè* 44. *§. placet. D. de oblig. & act.* quo argumento videtur vti Accursius *ad d. l. vlt. de eo per quem fact. erit.* Sed separanda est hac parte obligatio ab actione. Obligatio quidem semel contracta non potest ipso iure tolli & finiri tempore, quia nec ab initio potest obligatio constitui ad tempus vt scriptum est *in d. §. placet*, vbi ratio additur, quoniam id quod semel deberi cœpit non nisi certis & legitimis modis deberi desinit, inter quos tempus non est. At actio temporalis finitur tempore ipso iure, nec fieri potest vt post tempus ipso iure competat, cùm ab initio eam legem, naturam, & condicionem habuerit vt certo illo tempore finiretur, puta si actio sit redhibitoria ex edilitio edicto, vel prætoria quæ vel quia rei persecutionem nō contineat, vel qua alia ex causa sit annalis vt actio de dolo *leg. in honorariis* 35. *de oblig. & action.* Alioqui dicendum esset, omnes actiones sui natura & ipso iure esse perpetuas, nullas verò temporales nisi ope exceptionis, quod falsum est. Sunt enim actiones quædam temporales, sic dictæ quòd certo tantùm tempore viuant, post quod tempus cùm sint mortuæ & peremptæ necesse esset illas resuscitari vt exerceri possent. Erant autem olim temporales solæ honorariæ, non etiam ciuiles, vt Iustin. scribit *in tit. de perpet. & tempor. action.* Hodiè verò etiam ciuiles, post *leg.* 3. *& 4. C. de præscript.* 30. *vel* 40. *annor.* Cùm ergo temporales actiones, quæ relictæ sunt in hereditate restituenda, finitæ & mortuæ reperiuntur, eo tempore quo restituitur hereditas, fieri certè nequit, vt fideicommissario vnquam vel competant, vel dentur, quandoquidem in eum translatæ non sunt per restitutionem hereditatis, non ob id solùm quòd transferri non possit actio quæ iam nulla est tanquam tempore finita & extincta, vt dixi, sed etiam, quia cùm nostri velint eam actionem non nisi in subsidium dari aduersus debitores liberatos, & ita demùm si heres aut non sit soluendo, aut in lata culpa esse non probetur, prius est vt contra heredem agi oporteat aut saltem agi possit, quàm vt

de actio-

Digitized by Google

de actione ista subsidiaria tractetur. Priùs ergo esset vt actio illa quæ contra heredem eo casu competit, transferretur in fideicommissarium quàm vt translata dici posset illa quam interpretes dant contrà liberatos debitores. Atqui fieri non potest vt heres transferat contra se ipsum actionem vllam, præsertim quæ nõ competierit defuncto, & cui causam dederit negligentia heredis quam ille admiserit post mortem defuncti adeóque post aditam hereditatem. Hereditariam enim actionem esse necesse est vt in fideicommissarium translata intelligatur per restitutionem ex Trebelliano *l.1.l.ita tamen 27.§.qui ex Trebelliano ad SC. Trebell.* Adeò vt si quas actiones heres acquisiuerit post aditionem, quamuis dependeant à cõtractu defuncti, & quas ideò in fideicommissarium transire æquum sit, specialitamen cessione opus sit ad eas transferendas: Non sufficiente scilicet in eam rem potestate Senatusconsulti, vt in eleganti specie *l.si heres pecuniam 73 eod.* Ergo multò minùs fieri queat, vt per restitutionem ex Trebelliano transeat in fideicommissarium actio vlla contra hereditarios debitores, neque directa, quam ponimus tempore sublatam esse, neque vtilis & subsidiaria, quia non est hereditaria; cùm non competat nisi ob negligentiam & egestatem heredis, qui nec ea cedere potest, cùm tantùm absit vt ipsi possit dari, vt nec eam interpretes dent fideicommissario nisi in subsidium eius qua heres ipse tenetur. Illud verò longè absurdius est quod Castrensis addit, æquè dandam actionem hanc subsidiariam aduersus debitores hereditarios, si heres non fuerit in culpa lata. Etsi enim verum est non teneri heredem fideicommissario propter deperditas res hereditarias, aut deteriores factas nisi lata culpa interuenerit *d.l. mulier 22. §. sed enim D. ad SC. Trebell.* Attamen tantò minùs æquum est ob negligentiam heredis teneri debitores iam liberatos cùm heres ipse non teneatur. Nam licèt æquum esset teneri eos in subsidium vt nostri volunt, hoc ipsum tamen quod dicimus teneri quem in subsidium non illud est, Ita demùm teneri si alius non teneatur, sed hoc potiùs è contrario ita demum teneri si alius teneatur quidem, sed efficaciter conueniri non possit, vel quia non sit soluendo, vel qua alia de causa, vt in iis ipsis legibus quas pro sua sententia Castrensis adducit, Id est *in l. vltim. D. de eo per quem fact. erit. & dicta l. planè si filium 94. §. 1. de legatis primo.* de quarum tamen sententia & ratione paullò fusiùs tractandum nobis est.

ERROR QVARTVS.

De sententia & ratione l.vlt. in princip. D. de eo per quem fact. erit.

EX hoc edicto, inquit Vlpianus, aduersus eum qui dolo fecit, quominùs quis in iudicium vocatus sistat, in factum actio competit quanti actoris interfuit eum sisti: In quo iudicio deducitur si quid actor amiserit ob eam rem. Veluti si reus tempore dominium rei sibi interim adquisiit, aut actione liberatus fuerit. Planè si is qui dolo fecerit quominùs in iudicio sistatur so-

uendo non fuerit, æquum erit aduersus reum ipsum restitutoriam actionem competere, Ne propter dolum alienum reus lucrum faciat, & actor damno afficiatur. Verba sunt hucusque Vlpiani, ex quibus solent nostri more suo inferre generaliter, Actionem tempore amissam semper restituendam esse aduersus eum qui ob alienam negligentiam liberatus est, si is qui negligens fuit, non sit soluendo, Ne alioqui eueniat vt aliena culpa & negligentia ei noceat, cui nihil potest imputari. Quam tamen propositionem generaliter veram non esse apparet satis vel ex eo solo quod proximè disputauimus in persona debitoris hereditarij qui cùm non nisi temporali actione teneretur liberatus fuit tempore per negligentiam heredis, qui actionis tempus exire passus sit ante restitutam hereditatem. Hûc enim negauimus posse vllo casu conueniri à fideicommissario quamuis nullum habituro regressum aduersus heredẽ negligentem, siue propter eius inopiam, siue quod sit extra latã culpam, cuius solius nomine teneatur. Debet ergo supradicta Vlpiani sententia & ratiocinatio specialiùs intelligi, & ad eum casum restringi quẽ Vlpianus tractat, aut ad alium similem, id est, in quo reus, non tantùm lapsu temporis liberatus sit, sed etiam dolo malo alterius, & citra culpam eius qui agere potuit, quem lex ponit egisse, congruo tempore, ac tam opportune vt actionis peremptionem impediturus fuerit, si reus qui in iudicio sisti debuerat, dolo alterius retentus non fuisset. Hoc enim casu nemo non videt aperte iniquum esse vt in damno moretur actor cui nihil imputari potest, cùm suo tempore instituerit actionem, Itémque vt lucrum sentiat reus ex dolo impedientis, quamuis non fuerit ipse particeps doli. Quia dolus vnius alteri sicut nocere non debet, ita neque prodesse. Prodesset autem, si reus iudicio exemptus adeò liberaretur tempore vt nullo casu posset conueniri ab actore, nec si aliam indemnitatis consequendæ rationem actor esset habiturus. Dices, Hac ratione si bona sit, perinde posse defendi: Non debere igitur reum tempore liberari, quamuis dolosus sit soluendo, Cùm non possit ei liberatio contingere quin lucrum hoc ipso sentiat ex dolo alieno, ac proinde quin dolus alienus ei prosit. Sed respondebo, Tum demum esse iniquum vt dolus vnius alteri prosit, cùm vtilitas quę ad alterum perueniret proximam & immediatam causam haberet à dolo alieno, Itémque cùm ex eo dolo alius damnum pateretur. Quid enim refert eius qui dolum passus est quod lucrum ex eo dolo aliquod sensurus sit aduersarius, si nullum ipse ex eo damnum patiatur? Siquidem dici solet quod & verissimum est, id quod vni prosit nec alij noceat facilè permittendum & indulgendum esse *l. in creditore 38. D. de euict. l. 2. §. item Varus in fin. D. de aqua & aquæ pluu. arcend.* Atqui neutrum horum in proposita specie accidit cùm is soluendo est, qui dolo malo fecit ne in iudicio reus sisteretur. Nam ex vna parte verum est liberari reum ipso iure, non tam quòd alius ille dolum admiserit, quàm quia præterierit tempus intra quod exerceri actio & potuit & debuit: Et ideò licèt alicuius extranei dolus in ea re interuenerit qui amittendæ actionis causam dederit, Non idcirco tamen actio potest aut perpetuari aut in longius tempus extendi quàm ipsius natura, & cõdicio ferat. Proinde finiri eam tempore, & ipso iure quasi morte extingui necesse est: Nam & finiretur, etiamsi nullius dolo interueniente tempus præteriisset. Non ergo propter dolum immediatè finitur, sed quia tempus eius præterierit, quamuis hoc ipsum quod tempus præteriit, acciderit

Digitized by Google

acciderit propter dolum. Ex altera verò parte nullum ex eo dolo damnum patitur actor, si possit indemnitaté plenissimam consequi ab illo, per quem factum est, quominùs reus in iudicio sisteretur. Æquè enim paratam actionem habiturus est aduersus illum, imò paratiorem quàm aduersus alium, qui in iudicio sisti debuit, cùm potuerit actio quæ tempore finita est longiorem habere, magísque perplexam & implicitam facti quæstionem. Igitur deficit hoc casu æquitas quæ suadeat vt aduersus reum tempore liberatum detur actio restitutoria, quamuis ita futurum sit vt ex tertij dolo reus lucrum sentiat, cùm non etiam illud concurrat vt ex eo dolo actor damno adficiatur. At cùm is quĩ dolum admisit soluendo non est, æquitas maxima pro actore facit vt ei succurrendum sit per restitutoriam actionem aduersus reum tametsi tempore liberatum: Sed non tam quòd dolum passus sit à tertio, quàm quòd nihil sit quod ei possit imputari, quæ res præcipuè fauorabilem eum reddit. Alioqui si ratio illa vnica sufficeret ad restituendam actionem, quæ tempore finita esset, quòd tertij dolo ea peremptio actionis contigisset, eueniret procul dubio vt dolus ille tertij noceret reo, cuius scilicet liberationem impediret, dum id ageremus ne actori dolus idem noceret. Tam autem absurdum & iniquum est nocere illũ reo, quàm actori, nisi cùm pro actore illud quoque concurrit, vt nihil ei queat imputari. Nam licèt ponas nec ipsi reo imputari quicquam posse, vt proinde par vtriusque causa esse videatur, & consequenter fauorabilior condicio rei quàm actoris ex vulgata iuris regula, Ideo tamen fauemus hac parte potiùs actori quàm reo, quòd certat actor de damno vitando, reus verò de lucro captando, cùm sit species quædam acquisitionis liberari ab obligatione & actione *l. si pupilli 66. in fin. D. de solut. l. species 11. in princip. D. de acceptilat.* Item quoniam aliter posito iure, fieret, vt dolus tertij noceret actori, reo autem non tam noceret, quàm non prodesset. Restituta námque actione aduersus reum qui propter dolum tertij fuit tempore liberatus, non fit durior condicio rei quàm fuisset ante dolum admissum, sed ea ipsa quæ tùm erat. Itaque nullum aliud ex ea restitutione actionis sentit damnum, nisi quòd impeditur ne lucrũ illud retineat, quod alioqui ex lapsu temporis quo finita erat actio percepisset. Nihil autem in eo absurdi est, vt dolus tertij non prosit reo, cui non aliter prodesse posset, quàm si & innoxio & diligenti actori noceret. Id enim consequens est iuris regulæ, quæ ait dolum vnius alteri neque lucro neque dãno esse oportere. Neque contrarium est quod suprà admisimus, non esse iniquum vt aliquando etiam dolus vnius alteri prosit. Iam enim monuimus eo demum casu admitti hoc posse, quo sine alterius incommodo, & detrimento id fiat: Vt euenit cùm is, cuius dolo malo reus sisti prohibitus est, soluendo esse reperitur, ob ídque indemnitatem actori plenissimam præstare potest. Enimuerò cùm debitores hereditarij liberati sunt per negligentiam heredis qui temporalis actionis diem exire passus est, nihil tale est quod tractari possit. Nam cùm heres ille sit qui solus agere potuit, & debuit ante restitutam hereditatem, ei verò possit imputari cur non egerit (actionum enim temporalium vtilia plerunque sunt tẽpora, nec aliis currunt quàm qui agendi & experiendi potestatem scientes habuerunt *l. cùm sex 55. D. de ædilit. edict. l. 1. D. de diuers. tempor. præscript.*) nulla prorsus ratio est cur ei debeat restitui actio, nec si agere ille velit priusquàm

hereditatem reddat, puta quòd fideicommissi dies nondum cesserit, quia est quod ei imputetur: Adeò vt nec actio de dolo possit hoc casu competere in eum qui dolum admiserit, nisi in hoc ipso admissus sit dolus vt dies actionis ex re t, *lege prima. §. idem Pomponius refert. D. de dolo. & §. penultimo eiusdem legis*. Etsi autem non similiter potest ratio hæc obiici fideicommissario, cui sanè imputari nequit cur non egerit antè quàm actionem haberet: hoc ipsum tamen est quod facit vt tantò minùs restitutoriam actionem istam postulare possit; Cùm nec de eo quæri oporteat, An aliquid ei imputandum sit, cur non egerit, qui agere etiamsi maximè voluisset, tamen non potuisset. Nec enim vllæ ipsi actiones competierunt, aut competere potuerunt, nisi ex die restitutæ hereditatis. Quam ob causam fatendum est, neque actionem vllam videri eum amisisse, qui actionem illam finitam tempore nunquam habuit, *lege non videtur rem amittere 83. lege non potest videri 208. de regulis iuris.* Prius enim erat vt inciperet habere actionem, quàm vt eam habere desineret, *lege Titio vsufructus 96. de condictione & demonstratione.* Cur ergo, aut quo iure vel iuris colore possit fideicommissarius petere, vt sibi restituatur actio, quam inops & egenus heres tempore, perire passus est, cùm eam ipse non amiserit? Quis vnquam audiit, restitutoriam actionem alij competere vel dari, quàm qui pristinam amisit? Non enim amissam esse actionem sufficit vt restitui debeat, nisi ille ipse amiserit qui eam restitui petit. Et hoc sanè est quod Castrensem fefellit non animaduertentem, Aliud esse, Actionem simpliciter amissam dicere, Aliud verò amissam esse ab eo qui restitutoriam postulet: quod posterius tamen omnino necessarium est vt locus fieri possit æquitati, quæ actionis restitutionem suadeat. Rursum nemo dixerit eiusmodi actionem hereditariam quæ finita sit tempore ante redditam hereditatem restitui debere heredi qui eam amisit, cùm debeat ille sibi imputare cur amiserit quam scilicet agendo, & ex ea litem contestando poterat perpetuare. Cùm igitur neque restitui possit heredi, quoniam in culpa fuit, nec damnum vllum sentire videtur quod ex culpa sua sentiat: Neque fideicommissario qui nihil amisit, prorsus consequens est vt nihil in hac specie de restitutoria actione tractari possit, vtque ratiocinatio illa Vlpiani *in dicta lege vltima, De eo per quem factum erit*, restringenda sit ad eum casum quo eueniret vt ex dolo tertij lucrum sentiret reus & damnum actor, cui nihil imputari potest, si non ei actio restitueretur. Cæterùm non sufficit quòd nihil possit imputari ei, qui restitutoriam actionem sibi dari postulat, nisi & actor ipse fuerit ante amissam actionem & ille ipse actor qui eam amisit, Quorum, neutrum conuenit fideicommissario de quo disputamus post Pomponium *in dicta lege si heres institutus 70. §. vltimo D. ad Senatusconsultum Trebellianum.* quippe qui neque de facto egit, neque agere vllomodo potuit ante restitutam hereditatem, nec proinde actionem à se vllam amissam conqueri potest, qui nunquam eo nomine vllam habuit. Nullámne igitur querelæ causam habet, quasi nihil amiserit? Imò habet, quoniam aliquid amisit, sed habet contra heredem ipsum, qui amittendo actionem hereditariam, fecit vt tantò minùs esset in hereditate quam postea restituit, & in qua hodie temporalis illa

actio

actio inueniretur, adeóque perpetuata per contestationem aut saltem quod plus est actionis commodum & effectus si heres diligentior fuisset aut in agendo ad extorquendam condemnationem, aut in exigendo post secutam condemnationem: Ob idque nimirum dicimus teneri heredem, Non vt cum reliqua hereditate restituat eam actionem quam amisit per suam negligentiam (restituere enim non potest quod nec habet nec amplius est) sed vt restituat hereditatem ipsam fideicommissariam, Quasi nihil videatur restituisse qui non restituit totum id quòd hereditatis fuit *l. in fideicommissaria 18. l. debitor 59. vers. neque fideicommissum eodem titulo*: Actio autem hæc fuit hereditaria & in hereditate mortuo testatore. Et quamuis verum sit nihilomagis heredem retinere quicquam ex hereditate restituenda, cùm ei non minùs mò prius quàm fideicommissario amissa actio sit. Illud tamen etiam verum est, minus eum restituere quàm ab eo restitui testator voluerit, quámque hodie restitueret si negligens ille non fuisset. Sed ratio hæc solum heredem fide commissario potest obligare vt indemnitatem ei præstet si possit, non etiam debitorem hereditarium liberatum obstringere vt mortuam actionem contra se restitui & resuscitari patiatur, ob id solùm quòd heres qui præstare indemnitatem deberet, non sit soluendo. Cur enim ob inopiam heredis cogatur hoc pati debitor qui quod tempore liberatus sit actione temporali, non ab ipso herede habet, sed à solo beneficio iuris quod actionem fecerat temporalem, quamuis negligentia heredis illa sit quæ fecit vt præterierit tempus actionis, quod alioqui non fuerat præteriturum?

ERROR QVINTVS.

De actione restitutoria quam dat Vlp. in dict. l. vlt. De eo per quem fact. erit. Et ad l. arbitrio 18. §. dolo emus D. de dol.

QVÆRIT Accursius *ad dictam legem vltimam D. de eo per quem factum erit*, An actio illa restitutoria quam Vlpianus ait competere actori, aduersus reum ex tertij dolo liberatum si is qui dolo fecit non sit soluendo, directa actio sit, an vtilis. Et respondet primùm directam esse postmodum ait esse vtilem. Bartolus verò vtramque opinionem defendi posse putat, sed diuersis casibus: Nam cùm duos casus ponat Vlpianus in quibus potest interesse actoris non fuisse impeditum reum quominùs iudicio sisteretur, Vnum si reus tempore adquisierit sibi dominium rei de qua agebatur, Alterum si tempore acquisierit exceptionem, aut liberatus fuerit, Placet Bartolo, In priore casu non posse restitutoriam actionem directam dici, quia cùm dominium rei per vsucapionem acquisitum sit reo, fieri nequit vt directa vindicatio quæ actori

priùs competebat, eadem post completam vsucapionem competat & eo tempore quo iam desiit esse dominus: ne alioqui duo in solidum eiusdem rei domini induci videantur, quod neque iuris neque naturæ ratio admittit. *vulg. l. in rebus* 5. *§. si duobus vehiculum. D. commod. l. de hereditate* 19. *§.* 1. *D. de castrens. pecul.* Posteriore verò casu directam esse restitutoriam actionem quippe quæ non fuerit ipso iure sublata & extincta tempore, sed tantùm beneficio exceptionis, propterea quòd tempus non sit modus tollendæ ipso iure obligationis *l. obligationum fere* 44. *§. placet D. de oblig. & action.* Distinctio apertè falsa est, & à iuris ratione aliena: sicut & quæstio ipsa ad quam huiusmodi distinctio adhibetur. Neque enim actio restitutoria vlla est quæ non sit vtilis, cùm omnes dentur à Prætore ex æquitate post veterem peremptam *l. si mulier* 14. *D. ad SC. Velleian.* Nimirum perpetua est iuris illa regula, siue obligationem siue actionem semel extinctam nunquam resuscitari *l. qui rē* 98. *§. ream D. de solut. l. ob eam causam* 9. *D. de præscript. verb.* & quamuis restitutoria actio sit eadem specie cum illa quæ perempta fuit, non tamen eadem est numero nec qualitate. Nam quæ sublata est directa fuit, aut esse potuit: At restitutoria non nisi vtilis esse potest: Ideóque prudentissimè à prudentibus nostris dicta est non restituta sed restitutoria. Restitutam enim qui diceret, quomodo interpretes nostri si non dicunt, saltem intelligunt, eandem ipsam quæ anteà fuisset, significaret, nec minùs eandem numero & qualitate quàm specie, sicut & quisquis eam diceret resuscitatam: Proinde directa dicenda esset si anteà fuisset talis. Sed restitutoriam cùm dicimus, aliam numero & qualitate esse admittimus, eiusdem licèt speciei, & effectus. Et idcirco dici solent restitutoriæ actiones restituendę non restitutæ *d. l. si mulier.* nec competere, sed dari *l. quamuis* 8. *§. Marcellus* 9. *eod. ad SC. Velleian.* Nisi cùm ex edicto aliquo & ex ipsius verbis dantur, vt *in l. cùm quis* 38. *§. si quis pro eo, penult. D. de solut.* Tunc enim potest dici restitutoria competere, scilicet ex edicto vt in specie *d. l. vlt. vers. planè. De eo per quem fact. erit.* Cæterùm restitutoriam actionem semper esse vtilem, nunquam directam, probari non obscurè potest *ex d. l. quamuis* 8. *§. si mulieris vers. planè si mihi. ad Velleian.* vbi Vlpianus idem noster, actioni restitutoriæ opponit directam. Ait enim, Si mulier quæ pro debitore meo apud me intercesserat, ei successerit posse eam restitutoria conueniri, sed & directa, inquit, actione, nihil enim eius interest qua actione conueniatur. Quæ ratio etiam ostendit restitutoriam actionem eiusdem potestatis & effectus esse cuius est directa. Nam & cæteræ actiones vtiles omnes in effectu eandem potestatem habent, quam directæ, vt scriptum est *in l. actio* 47. *D. de negot. gest.* Sed & in eo errat Bartolus quòd putat, Actionem temporalem, quæ tempore finita sit, vsque adeò tamen saluam manere ipso iure, vt & directa dici, & tanquam directa exerceri adhuc possit. Certissimum siquidem est, temporalem actionem ita finiri tempore vt nulla eius vestigia remaneant post tempus elapsum, quod ab eo præstitutum fuit, qui actionem illam primus induxit. Cùm enim ab initio sic inducta, & comparata sit, vt non nisi ad certum vsque tempus posset viuere, fieri certè nequit vt post illud tempus viuat, quin circumscribatur edictum & mens prætoris, qui non alia lege actionem illam introducturus fuit. Exemplo eius quod Paulus scribit *in l. arbitrio* 18. *§. dolo cuius. D. de dolo*, Si alicuius dolo effectum sit vt legitimis

gitimis temporibus transactis lis pereat, de dolo dandum in eum esse iudicium non vt restituatur lis perempta, sed vt tantum actor consequatur quanti eius interfuerit factum id non esse, Ne aliter obseruantibus, inquit, lex circumscribatur. Nempe quia deciperetur lex, & legis propositum si lis transacto eo tempore quod finiendis litibus per legem ipsam constitutum est, resuscitaretur. Quémnam enim effectum eo casu haberet lex, quæ litem certo tempore, veluti certis finibus conclusisset? Essétque id sanè legem imponere verbis non rebus, si lis quam ex vna parte lex peremptam voluisset, ex altera parte restauraretur. Neque debuit moueri Bartolus ex eo quòd tempus non sit modus legitimus tollendæ obligationis. Aliud enim est de obligatione tractare, aliud de actione, nec quemadmodum dicimus, obligationem constitui ad tempus non posse *dict. §. placet l. obligationum* 44. *De oblig. & action.* Ita etiam bene quis dixerit actionem non posse dari ad tempus: Alioqui nullæ erunt actiones temporales. Nec rursum de legitimis modis tollendæ actionis, tractandum est, cùm de temporali actione loquimur. Quandoquidem temporales actiones non aliæ sunt quàm prætoriæ, licèt non omnes prætoriæ sint ciuiles *Instit. De perpet. & tempor. action.* Sufficit igitur vt tempus sit modus prætorius ad tollendam prætoriam actionem: quomodo prætorium esse certum est & ex eo constat quod quemadmodum obligationes, ita & seruitutes ex tempore aut ad tempus constitutas tuetur Prætor, quamuis iure ciuili ac legitimo seruitutes neque ex tempore, neque ad tempus constitui possint *l.* 4. *D. de seruit.* Hodie verò postquàm ex posteriorum Impp. in constitutionibus ciuiles quoque actiones, quæ sui natura sunt perpetuæ factæ sunt temporales, *ex l.* 3. *& 4. C. de præscript.* 30. *vel* 40. *annor.* quæ nullam penitus actionem vltra triginta, vel ad summum quadraginta annos viuere patiuntur, fatendum est tempus esse legitimum etiam modum tollendæ actionis, tametsi præscriptionis nomen conuenientius sit ad exceptionem significandam, quàm ad potestatem iuris in actione ipso iure extinguenda demonstrandam. Denique cùm admittat Bartolus restitutoriam actionem quam Vlpianus ait competere ex edicto aduersus reum qui rem quæ vindicabatur medio tempore vsucepit, directam dici non posse sed vtilem necessariò dicendam esse, quòd fieri nequeat vt directa vindicatio non domino contra dominum detur, Nihil certè causæ est cur eam quoque quam idem Vlp. ait competere in personam debitoris qui tempore interim liberatus est non vtilem esse dicamus. Cùm hos duos casus sic coniungat Vlpianus, vt nullam inter eos quod ad hanc restitutoriam actionem differentiam constituat: Vtraque enim æquè restitutoria est, vtraque ex æquitate datur, vtraque ex edicto Prætoris, & à Prætore viuo. Quare & quod in priore specie admittit Bartolus vtilem esse non directam restitutoriam quæ competit aduersus reum post completam vsucapionem rei in iudicium deductæ, verum quidem est, sed falsa ratione à Bartolo comprobatum. Nam idem esset tametsi non de vsucapione ageretur per quam transferebatur iam olim dominium iure Quiritium, cùm esset vnus ex modis sex transferendi eo iure dominij, sed tantùm de longi temporis possessione, quam certum est minoris in hoc potestatis fuisse, quòd per eam non dominium acquirebatur sed tantùm exceptio aduersus dominum vindicantem,

quæ idcirco longi temporis præscriptio appellabatur: Vnde erat quod Vlp. respondit *in l. pen. de mort. infer.* longa possessione ius sepulchri non tribui ei cui iure non competit. Nempe quia in interdicto illo *De mortuo inferendo* quæritur de iure dominij non vt in cæteris de sola possessione *l. 1. eod. l. sunt personæ* 43. *de relig. & sumpt. funerum.* Adeò vt etiamsi post longi temporis præscriptionem possessor iurasset fundum suum esse, non nisi vtilem eo nomine actionem habere posset *l. si duo* 13. *§. Iulianus ait. D. de iureiur.* Nam si post completam longi temporis præscriptionem, actor, idémque dominus vindicationem directam exerceret, vtique posset summoueri præscriptione longi temporis, nec aliter ei consuli posset quàm data aduersus exceptionem replicatione, aut quomodo Accursius & Bart. intelligunt, restitutione in integrum ad tollendum obstaculum exceptionis. Quorum neutrum conuenit Vlpiano. Aliud enim longè est, restituere actionem, aliud verò elidere exceptionem, siue per replicationem, siue per restitutionem. Nam exceptio supponit actionem. Neque verò tam restitutoria dicenda esset illa actio, quàm restituta vindicatio si ea ipsa esset actio quæ prius competierat. Et tamen non restitutam actionem vocat Vlpian. sed restitutoriam, sic dictam, quòd restituat pristinam obligationem, non quòd sit ipsa actio restituta. Alioqui duplex actio necessaria fuerit, & restitutoria ad restituendam actionem, & actio ipsa restituta postquàm restitutio facta erit, quod tamen nusquam proditum est. Nec etiam illud verum est quod putat Castrens. restitui actionem ipso iure per edictum prætoris viui, sine restitutione iudicis. Nam imò pristina causa restituenda est, scilicet per prætorem viuum data in eam rem huiusmodi actione restitutoria *d. l. si mulier* 14. *D. ad Senatusconsultum Velleianum.* Rursus obseruandum est quod Vlpianus *in dicta lege vltima*, ait hanc restitutoriam competere, scilicet ex edicto, & consequenter esse personalem non actionem in rem. Nec enim vindicatio dominij competit ex edicto, cùm sit actio ciuilis non prætoria, Restitutoriæ verò omnes prætoriæ sunt non ciuiles, *d. l. cùm quis* 38. *§. penult. de solut. d. l. quamuis* 8. *§. Marcellus D. ad Senatusconsultum Velleianum d. l. arbitrio* 18. *§. dolo cuius D. de dolo.* Vbi quod ait Paulus, Actionem de dolo in ea specie non dari ad hoc vt lis restituatur, sed ad id quod actoris interest litem dolo malo aduersarij mortuam non esse, Nihil aliud est quàm si diceret actionem illam prætoriam quidem esse, sed non restitutoriam ac potiùs institutoriam (quomodo loquitur Vlpianus in *d. leg. quamuis. §. si cum essem*, & loqui debuit Accursius ad eum locum, vbi tamen *institoriam* vocat, quo nomine quod magis est laudatur etiam à Cuiacio *lib. 16. Obseru. capit. 27.*) Licet enim restitutoria si ad hoc daretur vt lis restitueretur, Nec tamen eo minùs esset prætoria, siquidem esset actio De dolo, quamuis prior actio ciuilis fuisset, vt esse proculdubio potuisset: An verò pugnat Paulus *in d. §. dolo* cum Vlp. *in d. l. vlt.* In eo quòd dat Vlpianus actionem restitutoriam, quam Paulus videtur denegare? Minimè: Dat enim Vlpianus restitutoriam actionem in reum, qui non potest conueniri de dolo, cùm ipse dolum non admiserit, Vt taceam quòd neque actio de dolo habet locum quoties alia actio restitui ex edicto potest *l. 1. §. ait Pomponius refert. D. de dolo.* Paulus verò dat actionem de dolo in dolosum ipsum

non

non restitutoriam quia neque de actione amissa tractat, sed de lite mortua, cuius odium nunquam patitur vt resuscitari possit. Adeò lites omnes ciuilis legislator execratur, Vt nos pluribus ad eum locum scriptimus in Rationalibus. An verò actio hæc restitutoria erit annalis omni casu, id est tum quoque, cùm prior actio fuit perpetua, tanquam quæ rescissa vsucapione detur, vt putat Accurs. *ex l. in honorariis* 35. *vers. sed cùm rescissa. D. de oblig. & action.* An potiùs erit eiusdem naturæ cuius erat prima vt non finiatur anno, si prima erat perpetua: vt Castrensis credidit? Sed magis est vt eiusdem naturæ & condicionis eam esse dicamus, Nisi quòd semper vtilis illa est, nunquam directa, vt suprà diximus. Alioqui non esset verè restitutoria, si non restitueret in effectu talem actionem, qualis fuit illa quæ amissa est cùm integra omnis causa pristina restituenda sit *dicta lege simulier.* 14. *D. ad Senatusconsultum Velleianum.* Longéque alius tractatus est de Publiciana quæ rescissa vsucapione redditur de qua *in dicta lege in honorariis*, & quam Paulus eo loco ait ideo finiri anno quia contra ius ciuile datur: Alius verò de actione restitutoria competente ex edicto prætoris, quæ cùm & rei persecutionem contineat, & non contra ius ciuile detur, non potest anno finiri nisi cùm & prior actio finiebatur. Noua enim actio quidem est, sed quæ tamen veteris naturam in omnibus retinet, præterquàm in eo quòd sicut vetus non est, ita neque directa est. Elegans verò in hanc rem & pro sententiæ nostræ confirmatione locus est apud Caium *in lege aliquando* 13. *§. de pignoribus eodem titul. ad Senatusconsultum Velleianum*, vbi scribit ille, De pignoribus prioris debitoris non esse creditori opus noua actione, cùm quasi Seruiana, quæ & hypothecaria vocatur, in his vtilis sit, quia verum est, inquit, conuenisse de pignoribus, nec solutam esse pecuniam. Quibus verbis quid apertius potuit ille scribere vt significaret differre hac parte personalem actionem ab hypothecaria in eo quòd noua personali actione creditor indiget, non etiam noua hypothecaria, Id est restitutoria aliqua personali, nulla verò restitutoria hypothecaria. Ergo restitutoria noua actio est non vetus renouata.

ERROR SEXTVS.

De stipulatione interposita iudicio sistendi causa: & cur non perpetuet actionem temporalem.

DE duobus solent nostri quærere apud Vlpianum *in dicta lege vtim. D. de eo per quem factum erit.* quæ difficiliorem habent inuestigationem: Primum est, Quomodo fieri possit vt restitutoria contra reum liberatum competat in illa specie, cùm ex stipulatione Iudicio sisti & ex satisdatione quæ eo nomine interponi solet, possit actor directam habere actionem ex stipulatu, non tantum contra reum ipsum, sed etiam contra eius fideiussorem.

Digitized by Google

Siquidem non remoratur actionem illam ex ſtipulatu , quòd reus detentus ſit à priuato atque ita impeditus, ne ſe iudicio ſtiterit. Adeò vt neque ipſi neque ipſius fideiuſſoribus exceptio vlla eo nomine competat , dum ne à magiſtratu retentus ſit *lege* 2. §. *alt. & lege* 3. *D. ſi quis cautionem.* Alterum eſt , Qua ratione fieri queat , vt poſt interpoſitam ſatiſdationem Iudicio ſiſti , tollatur adhuc tempore actio , cùm per eiuſmodi ſtipulationem ſi non perpetuata actio , ſaltem præſcriptio interrupta eſſe videatur *lege conſtitutionibus* 33. *de regul. iur.* Ad priorem obiectionem non habet Bartolus quod reſpondeat , niſi vt dicat eum ab Vlpiano tractari caſum , in quo nulla fuerit interpoſita ſtipulatio nec ſatiſdatio Iudicio ſiſtendi , idque neceſſariò dicendum eſſe. Et idcirco reprehendit ille Accurſium qui ſcripſerat in rubr. illius tituli, Non eſſe locum edicto De eo per quem factum erit , quominùs quis in iudicio ſiſtat niſi poſt præſtitam ſatiſdationem Iudicio ſiſti. Sed pace Bartoli dixerim , meliùs hac parte vt & alias ferè ſemper , Accurſius ſenſit. Quænam enim actio poſſet ex edicto competere aduerſus eum per quem factum eſſet , quo minùs reus ſiſteret in iudicio , ſi nulla Iudicio ſiſti ſtipulatio præceſſiſſet? Eſtque vt videtur , contra Bartolum textus apertiſſimus *in §. vlt. dicta lege vltima*, vbi proponebatur interpoſita hæc ſtipulatio , nec eò minùs tamen admittit Vlpianus dandam actori actionem ex illo edicto contra eum per quem factum ſit quominùs reus iudicio ſtiterit , vt iam ante nos Caſtrenſis aduerſus Bartolum diſputauit. Quamquam ſi quis in Bartoli verba iurare vellet , facilè reſponderet , non tractari eo loco de actione reſtitutoria quam competere poſſe negat Bartolus ſi ex ſtipulatione Iudicio ſiſtendi cauſa facta poſſit agi , ſed de actione quæ prima edicti parte promittitur contra eum cuius dolo malo factum eſt , ne reus iudicio ſiſteretur : Quam non negat Bartolus dari omni caſu aduerſus impedientem , ſcilicet actori , ſi modò aliquid eius interſit. Nam reo impedito non datur indiſtinctè ſed ita demum ſi non ſit ille ex ea cauſa exceptionem habiturus contra actorem *lege* 1. §. *ſi reus. eodem titulo*, quam porrò nunquam habet cùm à priuato impeditus eſt, ſed tùm demùm, cùm à magiſtratu *dicta lege* 2. §. *vltimo, & lege* 3. *D. ſi quis caution.* Nempe quia nec rei quicquam intereſſe videtur , cùm habet exceptionem. Fortior itaque ratio quæ obſtat Bartolo illa eſt , quod quiſquis in ius vocatus eſt , aut venire ad Prætorem debet , aut ſatis vel cautum dare *toto titulo In ius vocat. vt eant. vel ſat. vel caut. dent.* Cùm ergo hic tractatus non ad alios pertineat , quàm qui in ius vocati non venerunt, non magis fieri poteſt , vt alicuius dolo impeditus ſit reus ne ad iudicium veniret ante interpoſitam ſatiſdationem , quàm vt impedimentum illud interuenerit ante factam in ius vocationem : Atqui Vlpianus apertè loquitur de eo qui vocatus in iudicium non venit ; Igitur & de illo qui ne inuitus raperetur in ius , ſatiſdederit ſe venturum. Non nego aliud edictum eſſe quod propoſitum eſt in eum qui in ius vocatus non venit id eſt nec venire voluit, nec ſatiſdare ſe venturum, & iudicio ſtiturum. Aliud verò quod propoſitum eſt in eum qui vocatus

in ius

in ius non quidem venerit eo ipso tempore, sed satisdederit se iudicio stiturum certa die, nec tamen ad dictam diem venerit: Vt vel ipsa titulorum & capitum edicti diuersitas ostendit: Sicut & aliud est, si quis vi eximat eum qui vocatur in ius, necdum satisdedit Iudicio sisti, Aliud verò si quis eum qui & iam vocatus est & satisdedit se iudicio stiturum impediat ne sistatur. Sed dico inutilem nulliúsque effectus futuram in ius vocationem, si reo qui in ius vocatur, liberum sit nec venire, nec satisdare Iudicio sisti, & si talis casus contingeret siue per imperitiam, siue per Indulgentiam actoris, ex integro faciendam vocationem, quoniam alioqui non haberet Prætor quid facere posset pro indemnitate actori præstanda. Illa ergo sola supereſt quæstio, à qua se euoluere Bartolus non potuit, Cur necessaria sit restitutoria actori aduersus reum tempore liberatum, si is qui dolum admisit soluendo non sit, cùm habeat actionem ex stipulatu contra reum ipsum adeóque contra ipsius fideiussores, quæ possit esse quasi subrogata in locũ illius quę vel per vsucapionem amissa fuerit, vel per temporis præscriptionem. Respondet Castrensis nec insubtiliter vt sibi videtur, subtiliùs certè quàm Bartolus, Non posse stipulationem hanc, aut actionem quæ ex ea competit dici subrogatam in locum prioris: Imò potiùs habendam esse pro prioris veluti sequela vt priore siue amissa, siue extincta hæc quoque aut amittatur pariter aut extinguatur. Quam in rem adfert responsum elegans Pauli *in l. si eum* 10. §. *qui iniuriarum*. D. *si quis caution*. vbi cùm is qui iniuriarum acturus erat proponeretur stipulatus ante litem contestatam vt aduersarius iudicio sisteret, & commissa stipulatione mortuus esset. Negat Paulus actionem ex stipulatu heredi eius competere: Quia inquit, tales actiones propter rem ipsam darentur, Iniuriarum autem actio heredi non competit. Et addit, Quamuis enim hæc stipulatio Iudicio sistendi causa facta ad heredem transeat, tamen in hac causa danda non est. Nam & defunctus si vellet omissa iniuriarum actione ex stipulatu agere, non ei permitteretur. Ac quia videt Castrensis tractare Paulum de eo casu quo actio iniuriarum, ob quam interposita fuerat hæc stipulatio, amissa sit morte actoris, Ne quis ideò putet minùs pertinere locum illum ad quæstionem nostram: Ait nihil interesse an morte an quo alio modo perempta sit actio: Et rectè, Nisi quòd putat prætermissum fuisse à Paulo hunc casum qui tamen non est prætermissus, si modò recepta lectio sic emendetur, prout emendandam esse docuimus in Rationalibus. In illis namque verbis *omissa iniuriarum actione* legendum est *amissa* non *omissa*, vt eo nomine significentur modi omnes quibus actio iniuriarum amitti potest, Amittitur autem si vel annus præterierit, vel iniuriam siue expresse, siue tacitè remiserit is qui eam passus est *l. non solùm* 11. §. 1. D. *de iniur. l. si tibi* 17. §. 1. D. *de pact.* Sed tamen vereor ne Castrensis licèt proximè accesserit ad id quod dicere debuit, non omnino tamen iuris rationem hac parte sit assecutus. Verissimum enim est, quod ille negat stipulationem hanc ideò interponi vt subrogetur in locum prioris actionis ob quam interponitur, non vt sit illius quædam veluti sequela vt Castrensis loquitur: nec tanquam accessoriè quod Bartol. admittit, Nec rursus tãquam quæ cum alia cumuletur æquè principaliter vt *in l. item illa* 18. §. *quod adicitur*. D. *de pecun. constit.* Sed tanquam sola nedum principalis. Nam cùm sit actio prætoria, & ex earum numero quę communes appellantur, quòd sint non tantùm iudiciales, sed etiam cautionales

l.1.§.1.D. de prætor. ſtipulat. habet hoc proculdubio ex natura cautionalium omnium ſtipulationem, quod actionem priorem nouat & perimit, ſed ita tamen vt eius naturam induat,& vicem repræſentet. Ideò enim cautionales appellantur quòd in iis tota ſtipulatoris cautio conſiſtat, quódque vt nouatio fiat intercedant,quomodo habet vetus lectio *d. l.1.de prætor.ſtipulat.* Apertiore ſenſu, quàm ille ſit qui ex Florentia elicitur quæ habet *vt noua actio ſit.* Nam & noua actio eſt quoties nouatio fit,licèt non è conuerſo fiat nouatio quoties noua actio eſt. Non ergo debuit Caſtrenſis negare actionem hanc ex ſtipulatione iudicio ſiſti eſſe ſubrogatam in locum veteris actionis, Nec rurſus habere illam pro ſequela tantùm,vt neque Angelus eos reprehendere qui ex eo maximè loco probant Actionem ſubrogatam in locum alterius ſapere naturam eius in cùius locum ſubrogatur, ſed debuit vterque potiùs fateri ſubrogatam eſſe per nouationem, & ob hoc ipſum cenſeri eiuſdem naturæ & actionis, cuius erat prior illa actio,in cuius locum fuit ſubrogata,Vt priore quoquomodo vel amiſſa vel perempta,hæc quoque intercidat, tanquam quæ non detur niſi ob rem ipſam quæ in iudicium deducitur, quomodo ratiocinatur Paulus *in d. §: qui iniuriarum*, Id eſt non acceſſoriè vt Bart. interpretatur, ſed vt res de qua actio inſtituitur ſit magis in tuto, & vt magis cautum ſit actori: Quemadmodum pluribus à nobis explicatum eſt, & omnium cautionalium ſtipulationum exemplis clariſſimè demonſtratum *libr.3.Coniecturarum capitul.*1. Dices fortaſſe,Si ita eſt vt hæc ſtipulatio nouet præcedentem actionem, Non ergo fieri poſſe vt præcedens illa actio amplius amittatur tempore aut quo alio modo, cùm iam ſemel perempta ſit per nouationem. Omnis ſiquidem nouatio prioris actionis peremptio eſt,& in ſequentem transfuſio *leg.* 1. *Digeſtis de nouat.* Fieri autem nequit vt ſemel perempta actio vel perimatur poſteà vel amittatur.Et hic alius certè nodus eſt qui difficultatem non exiguam implicitam habet. Sed reſpondendum eſt, quod iam docui in Rationalibus, Cùm dicimus Amitti actionem tempore,aut qua alia ratione, poſtquam per nouationem hanc iam perempta eſt, Ita nos intelligere, vt eos ipſos amittendæ prioris actionis modos retineamus, per quos amitteretur prior illa actio ſi qua poſt nouationem ſupereſſet. Nam cùm hæc nouatio fiat ob id ſolùm vt magis cautum ſit ſtipulatori, non poteſt fieri ex ea ſtipulatoris condicio deterior, ſed tantùm melior,vt euenit in nouatione quæ fit per conteſtationem *leg. aliam* 29.*D.eodem titul.de nouation.* Ita vt etiam poſt interpoſitam ſtipulationem atque ita factam nouationem, prioris debiti cauſa ſubeſſe adhuc & durare quodammodo videatur *leg. cùm filius* 76. *§. heres meus de legat.* 2. Sed neque per hanc ſtipulationem Iudicio ſiſti aliter fieri nouationem prioris actionis credendum eſt quàm ſi ſtipulatio committatur, reo ſe iudicio non ſiſtente: Alioqui eueniret vt reus qui ſtipulationi paruiſſet & ad dictam diem ſe iudicio ſiſtiſſet nulla penitus actione conueniri poſſet, neque ex ſtipulatu, quia promiſſioni ſuæ ſatisfeciſſet, neque ex priore quæ ſcilicet iam per nouationem perempta intelligeretur: Atque ita propter ſtipulationem maneret actor ſine actione, qui tamen non alio fine ſtipulatus eſſet, quàm vt magis cautum haberet. Ideóque Paulus *in dict. §. qui iniuriarum*, ponit commiſſam fuiſſe ſtipulationem Iudicio ſiſti, vt oſtendat de ſola actione ex ſtipulatu poſſe

quæſtio-

quæstionem supereſſe,non de actione iniuriarum,de qua tamen ſola è contrario quærendum eſſet ſi commiſſa ſtipulatio non fuiſſet. Cæterùm poſt commiſſam quoque ſtipulationem nouatámque priorem actionem, nihilominùs neceſſe eſt vt de priore actione quærendum ſuperſit, an vel tempore, vel quo alio modo amiſſa fuerit, necne,ſaltem ob hoc ipſum vt ſciatur an ex ſtipulatione agi poſſit,cùm non poſſit,vt dixi,durare actio ex ſtipulatu poſt id tempus quo prior actio ſublata eſſet. Qui ſenſus eſt *d. §. qui iniuriarum*, in cuius ſpecie commiſſa erat ſtipulatio, propterea quòd reus iudicio non ſtiterat,& tamẽ,quod mirum ſanè eſt,reſoluitur iam commiſſa ſtipulatio vt ex ea non poſſit heres ſtipulatoris agere quia nec iniuriarum agere poſſet, quamuis nouatio nulla interceſſiſſet, cùm tamen extra hanc cauſam regulare ſit vt ſemel commiſſa ſtipulatio numquam reſoluatur.*l.euicta 16.§.ſi ſeruus l.habere licere 57.§.1.D.de euict.* Quòd ſi antequàm ſtipulatio committeretur amiſſa ſit actio vel tempore, vel quo alio modo, Tum verò certiſſimum eſt nullam actori ſupereſſe actionem, neque veterem,quia ponimus amiſſam eam eſſe,priùs etiam quàm nouata fuerit, Neque ex ſtipulatu cùm ſtipulatio necdum commiſſa ſit, nec amplius committi poſteà vnquam poſſit. Et ideò prorſus neceſſaria eſt actori reſtitutoria actio ad indemnitatem conſequendam, ſi ſoluendo non ſit is, cuius dolo malo factum eſt ne reus iudicio ſiſteretur, néve ſtipulatio Iudicio ſiſti committeretur. Hic verò caſus eſt quem tractat Vlpianus *in dict.leg.vltim. in principio, De eo per quem fact. erit.* Nam ſi poneres commiſſam eſſe ſtipulationem, vtique non indigeret actor actione reſtitutoria, quæ non niſi in ſubſidium & qualibet alia deficiente datur. Nec ſi commiſſa illa ſtipulatio poſteà reſolueretur, puta per mortem eius qui ob actionem iniuriarum talem interpoſuerat ſtipulationem: Ideò tamen poſſet dari actio ex edicto De eo per quem fact. erit, aduerſus eum qui dolo malo cautionem eludere voluiſſet. Non enim propter dolum illum hoc eueniret vt inutilis eſſet actio ex ſtipulatu, ſed propter mortem actoris quæ ante litem conteſtatam ſuperueniſſet, dummodò tantum temporis interceſſiſſe conſtaret vt litis conteſtatio fieri ante mortem actoris potuiſſet. Neque dolus tertij vllo caſu parere poteſt actionem ex illo edicto, niſi cùm in cauſa fuit non ſolùm vt reus iudicio non ſiſteretur, ſed etiam vt ſtipulatio Iudicio ſiſti non committeretur. Poteſt enim fieri vt reus ad dictam diem non ſiſtatur, nec tamen ſtipulatio committatur, etiamſi prior actio nondum tempore amiſſa ſit, Puta ſi reus iuſtam habuerit excuſationem ne ad diem veniret remiſſa ei neceſſitate ſiſtendi ad eam diem per ſtipulatorem ipſum, dolò malo alterius,vt ita faceret,perſuaſum. Finge Titium dolo malo perſuaſiſſe Sempronio vt ſiſtendi neceſſitatem remitteret Mæuio, Quaſi facturus eſſet, vt Sempronio præſtaret Mæuius omne id de quo acciplendum erat iudicium, ita vt de proſequenda lite dictandóque iudicio diutius laborandum actor non haberet, Non poterit Sempronius imputare Mæuio, cur non ſtiterit,nec aduerſus eum aut eius fideiuſſorem agere ex ſtipulatione, Sed cùm ſolus ipſe dolum paſſus ſit à Titio, cogendus erit, ſi volet indemnitatem conſequi, agere contra Titium ex edicto, Qui ſi ſoluendo non ſit, tum demum æquum eſt dari reſtitutoriam aduerſus Mæuium ſi interim vel vſu adquiſierit rem quæ petebatur, vel tempore liberatus fuerit. Nec

enim consensus Sempronij à Titio decepti vsque adeò ei nocere potest, vt suæ prioris actionis iacturam cum effectu pati debeat, Quod eueniret si regressum aduersus Mæuium habere nullum posset: Fateor nõ debere restitui actionem ex stipulatu quæ circumducto die ad quam sisti reus debuit inanis facta est ex ipsius stipulatoris voluntate, quamuis extorta sit ea voluntas dolo malo Titij si non Mæuius quoque dolum illum participasse probetur: Quo casu esset actio quoque ex stipulatu vtilis, quoniam aduersus exceptionem pacti daretur Sempronio replicatio doli. Sed dico, Sublata actione illa quæ competere potuerat ex stipulatione iudicio sisti si Sempronij consensus non interuenisset, superesse primam actionem, quam licèt interim amissam, tantò magis restitui æquum est, cùm ex illa parte non veniat Sempronius contra factum suum *argument. l. cùm is* 32. §. *mulier D. de condict. indeb. l. quoties duplici* 91. *de regul. iur.* Præsertim cùm illud etiam concurrat, vt nouatio nulla facta sit prioris actionis per stipulationem, quæ commissa nunquam fuit *l. si Stichum* 8. §. *si quis ita l. quoties* 14. *D. de nouat.* Et hæc quidem ad priorem dubitationem diluendam sufficiant. Posterior longè leuior est: Nam interposita satisdatio Iudicio sisti non potest perpetuare obligationem & actionem veterem: Ideò quia interponitur ante litem contestatam, adeóque antequàm veniatur ad Prætorem, Malente scilicet eo, qui in ius vocatus est, satisdare Iudicio sisti quàm in ius venire. *Ex tit. In ius vocat. vt eant vel sat. vel caut. dent. d. l. si eum* 10. §. *qui iniuriarum D. si quis caution.* Nec proinde referenda est ad iudicium iam acceptum, sed ad accipiendum, cuius tempus non aliud est quàm litis contestatæ *l.* 2. §. *quæsitum D. de prina. delict.* quia eo tempore & iudex dabatur, & formula dictabatur atque ita iudicium accipiebatur. Sola porrò contestatio illa est quæ actiones temporales perpetuat, & quidem in infinitum si ius vetus inspiciamus, In annum verò quadragesimum, si ius nouum ex *l. cùm notissimi & l. vltim. C. de præscription.* 30. *vel* 40. *annor.* Cur verò per eiusmodi stipulationem & præstitam satisdationem non interrumpatur præscriptio actionis, quæ alia quæstio est, Rationem illam nostri omnes adferunt, nec malam, quòd in sola præscriptione triginta vel quadraginta annorum, quæ odiosior ideò esse creditur quòd nec titulũ, nec bonam fidem requirat & de qua non potest Vlp. intelligi cùm eius temporibus adhuc incognita esset, Ita receptum sit vt per solam citationem dummodò iudicialem & ex authoritate competentis iudicis factam interrumpatur *l. sicut* 3. *eod. ill. tit.* Nec enim illi qui citationem fieri curauit, tanta potest imputari negligentia quæ tamen sola præscriptioni tricenariæ, vel quadragenariæ locum facit. In cæteris verò præscriptionibus quæ fauorabiliores existimantur, quæ scilicet sunt longi duntaxat temporis aut alterius quidem breuioris, sed tamen competentes ex natura actionis quæ ab initio sic inducta, sit vt esset temporalis, puta si agatur de redhibitoria, vel Quantò minoris, sola citatio non potest sufficere ad interruptionem, sed requiritur litis contestatio quæ & interrumpit præscriptionem, & perpetuat actionem: Aut saltem ea forma seruari debet quæ constituta est in *l. vt perfectius* 2. iunct. *l. vlt. C. de annal. exer.* Addunt nec contestatione interrumpi posse vsucapionem ex *l. si post acceptum* 18. D. *de rei vindic.* quia omnium fauorabilissima est cùm & titulum & bonam fidem requirat, & præterea introducta sit per legem 12. tab. fauore boni publici *l. 1. & pass.* D. *de vsucapion.* Sed in hoc tamen faciunt nostri parum

subtili-

Digitized by Google

subtiliter, qui vsucapionem numerant inter temporis præscriptiones, cum recensenda sit potiùs inter modos acquirendi iure Quiritium dominij, Quo modo ab Vlpiano factum est *in Frag. tit. 19. De acquisit. rer. domin.* Nec enim qui vsucapit acquirit sibi exceptionem aut liberationem, sed dominium & directam rei vindicationem, nec tam tempore quàm vsu vt nomen ipsum vsucapionis sonat. Et idcirco Vlpianus *in d. l. vlt. De eo per quem fact. erit*, duos illos casus distinguit, & separat, tanquam diuersos, An amissa sit actio per vsucapionem, an per temporis aliquam præscriptionem. Idémque hodie iuris est de præscriptione longi temporis, posteaquàm Iustiniano placuit transformare vsucapionem in longi temporis possessionem, & vicissim longi temporis possessionem in vsucapionem *in l. vnic. C. de vsucap. transform.*

ERROR SEPTIMVS.

De sententia & ratione l. planè si filium 94. §. 1. de legat. 1. & de alienatione rerum fideicommissarum inspecto iure vetere.

HIc alius locus est quo suprà diximus, moueri Castrensem *ad l. si heres institutus 70. §. vlt. D. ad SC. Trebell.* vt existimet restituendam esse fideicommissario vniuersali actionem temporalem, quæ amissa sit per negligentiam heredis ante restitutam hereditatem: si heres soluendo non sit ad præstandam fideicommissario pleniſſimam indemnitatem. Quasi Iulianus *in d. l. planè si filium 94. §. 1. de leg. 1.* consentiat cum Vlpiano *in l. vltim. De eo per quem fact. erit*, de cuius sententia proximè diximus, idémque hac in re loci vtriusque sensus sit: Tractat Iulianus de eo qui rogatus hereditatem restituere ex qua seruus eius erat institutus posteà eum seruum alij vendiderat, priusquàm ipsum adire iussisset. Quærit autem si, seruus ille postmodum adierit iussu emptoris atque ita commodum hereditatis ei acquisiuerit, An cogendus sit emptor restituere hereditatem, possitque in eam rem à fideicommissario conueniri, Dubitationem faciebat ex vna parte quòd non fuerat emptor rogatus sed venditor: Absurdum autem videatur alium fideicommissi nomine vrgeri quàm qui fuerit ipse rogatus *l. quidam cùm filiumfamilias 46. D. de hered. instit. l. epistolam 75. in princip. leg. Lucius 78. §. tres heredes versic. respondit non proponi D. ad SC. Trebellianum.* Ex altera verò parte mouebat quòd venditor idémque prior dominus serui instituti & rogatus hereditatem restituere, non eam possideat, nec dolo malo fecerit quominùs possideret. Nec enim ponimus dolo malo factam esse venditionem & interuertendi fideicommissi gratia: Quæ res induceret, vt post venditionem quoque haberi deberet pro possessore venditor cuius dolus interueniſſet, quia dolus pro possessione est, vt habet vulgata iuris regula. Æquè autem absurdum & inconueniens videatur, conueniri quem ad restituendum id quòd nec amplius habeat, nec dolo desierit habere, Item quòd non aliter teneatur dominus ex huiusmodi fideicommisso quàm si

per seruum heres factus sit *leg. si alienus* 62. *de legat.* 2. Numquam autem per hunc seruum factus est heres venditor qui eum vendidit ante aditionem. Placet tamen Iuliano compellendum esse venditorem ad restitutionem fideicommissi, Ratione illa, quòd habeat precium hereditatis quam restituere rogatus est, & consequenter ipsam quoque hereditatem habere videatur: Nam in iudiciis vniuersalibus quale illud est, quo hereditas fideicommissaria petitur, certum est succedere precium loco rei *l. si & rem & precium* 22. *D. de hered. petit.* quia vt benè Accursius nôtat, tanto carius vendidit seruum emptori, qui spe acquirendæ sibi per eum seruum hereditatis haud dubiè pluris eum emit, quàm fuisset alioquin empturus. Est enim longè precioſior seruus ob id quòd heres institutus est, tantóque saltem dignus precio quanti hereditas est, quæ per eum acquiri domino potest. Et ob eam causam responsum est à prudentibus, Si seruus eius qui fuerat institutus sub condicione, si eum dominus manumitteret, occisus sit, In actionem legis Aquiliæ quæ eo nomine contra occisorem datur, venire ipsius etiam hereditatis æstimationem, quòd per mortem serui defecerit condicio quæ fuerat adimplenda ad acquirendam hereditatem. *Inde Neratius* 23. *§. idem Iulianus* D. *ad leg. Aquil.* Is autem ad quem hereditas ex emptione serui heredis scripti peruenerit, ex causa, inquit Iulianus, cogendus erit fideicommissum præstare id est si dominus serui heredis scripti soluendo non erit. Ex quibus postremis Iuliani verbis apparet non esse in arbitrio & electione fideicommissarij contra quem agere velit, an contra venditorem, an potiùs contra emptorem: Sed omnimodo cogendum eum vt agat aduersus venditorem, nec priùs permittendum ei vt emptorem inquietet, quàm constiterit venditorem soluendo non esse: Est enim hic ordo non voluntatis, vt Castrensis primùm credidit, sed necessitatis, quod & Castrensis ipse tandem fateri coactus est. Quemadmodum & in specie *dictæ legis vltim. de eo per quem factum erit*, si vellet actor restitutoriam petere & exercere contra reum qui iam vel vsucapionem compleuisset, vel tempore liberatus esset, antequàm constaret soluendo non esse illum cuius dolo malo factum esset ne reus iudicio sisteretur, malè ageret ac præposterè nec audiri deberet, vt idem Castrensis fatetur *ad dictam leg. vltim.* Nec moueri in contrarium Castrensis debuit *ad dictam legẽ planè §.* 1. ex eo quòd ait non potuisse vendi seruum, nec alienari hereditatem in præiudicium fideicommissarij. Nam imò verò iuris veteris ratio illa fuit, vt valeret alienatio ab herede facta, tanquàm à domino rerum fideicommissarum si modò facta esset ante restitutam hereditatem, cùm ante restitutionem fideicommissi quæ saltem verbo facta esset nihil penitus iuris in restituenda hereditate haberet fideicommissarius, nec in rebus hereditariis, *leg.* 1. *leg. ita tamen* 27. *§. qui ex Trebelliano leg. restituta* 37. *in principio l. facta* 63. *ad Senatusconsultum Trebellianum.* Nec aliud remedium supererat fideicommissario, nisi vt res alienatas imputaret heredi in quartam falcidiam *leg. Marcellus* 5. *§. res quæ eodem titulo*, pro reliquo autem quod suprà quartam alienatum esset, institueret persecutionem fideicommissi aduersus alienantem quousque sibi plenissimè restitutum fuisset fideicommissum *leg. debitor* 59. *versic. neque fideicommissum dicta lege si heres* 70. *§.* 1. *eodem titulo.* vbi quod dicitur, Si heres antequàm fideicommissam hereditatem restitueret, alienauerit quidpiam ex hereditate, aut seruum hereditarium manumiserit

Digitized by Google

miserit aut ruperit quid vel fregerit, vel vsserit, non competere in eum vllam ciuilem actionem restituta posteà hereditate ex senatusconsulto Trebelliano, sed ex fideicommissi causa esse hoc quod deperierit persequendum, sic accipi proculdubiò debet, vt eam persecutionem fieri necesse sit aduersus heredem ipsum, non aduersus emptorem: qui nec vllus fingi potest eo casu quo vel seruus manumissus sit, vel fractum quid, vel vstum ex rebus hereditariis. Primus Iustinianus fuit qui prohibuit alienationem rerũ fideicõmisso subiectarum, etiãsi vel dies vel condicio fideicõmissi nondũ venerit, Adeò vt posteà existente quãdoque die vel condicione perinde habenda sit alienatio antè facta acsi nec scripta esset nec penitùs celebrata, vt nec vsucapio nec longi temporis præscriptio contra legatarium vel fideicommissarium procedat. Hæc enim Iustiniani verba sunt *in l. vlt. §. sin autem sub condicione C. commun. de legat.* Ad quam constitutionem videtur mihi respexisse Tribonianus cum in eleganti responso illo Iuliani addidit ea verba *libertate fauore sui seruata.* Non enim fauore vllo libertatis sed ex mera iuris ratione fiebat olim vt seruus in hereditate fideicommissaria relictus, & ab herede etiam sciente manumissus, siue antè, siue post diem fideicommissi cedentem, & liber esset & maneret. Nullo siquidem casu retractari & reuocari poterat libertas quæ semel competierat, nec si in alterius fraudem data probaretur. *§. si is qui Instit. de eo cui libert. caus. bon. addic. leg. 1. & tot. titul. C. si aduers. libert.* Hodie fauor libertatis necessarius est vt ea libertas conseruetur ex eiusmodi manumissione quæ alioquin ex generali lege Iustiniani sic habenda esset, acsi nec celebrata foret. Neque huic sententiæ nostræ aduersatur quod *in l. vlt. §. vlt. de leg. 2.* Scæuola respondit, si maritus heredem vxorem instituerit, cuius post mortem aperiri codicillos præcepit, & vxor prædium hereditarium infructuosum rationi suæ existimans vendiderit, non posse venditionem post mortẽ mulieris retractari ab iis quibus hereditas codicillis per fideicommissum data deprehenderetur, sed propter iustam ignorantiam tam mulieris, quàm emptoris heredem mulieris vt fundus apud emptorem remaneat fideicommissario precium dare debere. Nec enim is Scæuolæ sensus est, vt si iusta tam mulieris quàm emptoris ignorantia non interuenisset, permitti deberet fideicommissario rem venditam vindicare, emptorisque auferre: Sed hic potiùs vt heredi mulieris iusta illa ignorantia prodesse debeat, ne ad id omne quo fideicommissarij ex ea causa intererit, teneatur, sed solius precij præstatione liberetur: Exemplo eius quod non dissimiliter scriptum est à Callistrato *in l. si heres 63. eodem titulo*, Si heres rem legatam ignorans in funus consumpserit, non teneri cum actione ad exhibendum, quæ scilicet daretur ad id quod actoris interesset, quia, inquit, nec possidet, nec dolo malo fecit quominùs possideret. Sed per in factum actionem legatario consulitur, vt indemnitas ei ab herede præstetur. Quamquam non possum dissimulare quin apud Scæuolam valde suspecta mihi sint verba illa *vt fundus apud emptorem remaneat* quæ si retinerentur, vtique interpretationem nostram non paterentur. Significarẽt enim apertissimè aufferendum emptori fundũ si iusta illa & quidem vtriusque tam mulieris quàm emptoris ignorantia non interuenisset: Quod tamen euidenter falsum est. Quo enim iure emptor inquietari à fideicõmissario tẽporibus Scæuolę potuisset? An directa rei vindicatione? Atqui nõ poterat illa cõpetere fideicõmissario, nisi p iis reb' quæ

in bonis eius factæ essent per restitutionem hereditatis, In quo numero contineri non poterant eæ, quæ ante restitutam hereditatem fuissent alienatæ. *d.l. facta* 63. *& d.l. si heres §.1. ad SC. Trebellianum.* An potiùs hypothecaria? Atqui nec illud inductum adhuc erat à Iustiniano, quod induxit *l.1. C. comm. de leg.* vt legata & fideicommissa priuilegio vllo tacitæ hypothecæ gauderent. Sunt ergo verba illa nõ Scæuolę sed vel interpretis vel Triboniani respicientis ad supradictam Iustiniani nouam constitutionem *in d.l. vltim. §. sin autem sub condicione eod. tit.* Cæterùm vt ad Iulianum redeamus *in d.l. planè §.1. de leg.1.* frustra est quærere an in ea specie potuerit dominus alienare hereditatem aut res hereditarias in præiudicium fideicommissarij; cùm non proponeretur dominus alienasse quicquam ex hereditate restituenda, sed seruum duntaxat suum qui fuerat institutus, & per quem poterat sibi acquirere hereditatem, eámque posteà fideicommissario secundum testatoris voluntatem restituere si eum ante venditionem adire iussisset. Ita quod vendito seruo, qui fuerat heres scriptus, ipsa quoque hereditas vendita esse, & precium eius ad venditorem peruenisse intelligitur, non fit nisi per consequentias, eásque adeò necessarias vt nec vlla iuris arte prohiberi possint. An non enim esset absurdum impediri dominum serui heredis instituti ne vendat eum ante aditam hereditatem ob hoc solùm quod per eiusmodi venditionem futurum sit vt hereditas perueniat ad emptorem, qui de ea restituenda rogatus non fuit? Cùm in eiusdem domini potestate sit hereditatem sibi per seruum delatam repudiare, quoniã & legatũ repudiare posset quãuis semper lucrosum *l legatũ 7. de leg.1.* iũct. *l. si hereditatẽ 32. D. mandat.* Nam & citra repudiationem sufficeret, vt seruo non iuberet adire hereditatẽ, quam scilicet adire seruus sine iussu domini præcedente non posset, ne inuitum aut ignorantẽ dominum obligaret æri alieno *l. qui in aliena 6. in pr. D. de acq. hered.* Satis igitur esse debet fideicommissario vt per eam serui instituti venditionem, fideicommissum non intercidat, sed nihilominus peti possit ab ipso venditore quasi adhuc hereditatem possideat, qui preciũ eius possidet, Adcóque quòd lõgè durius est ab emptore ipso si venditor nõ erit soluendo, quãuis emptor nullomodo fuerit rogatus. Vnde illud etiam fit vt putem, quamuis hereditas illa fideicommissaria lõgè pluris sit quàm precij nomine redactum fuerit ex venditione serui, non ideò tamen ad aliud teneri venditorem quàm vt precium quod accepit restituat, Nec illud tamen integrum, sed quantò cariùs duntaxat vendiderit propter spem illam acquirendæ hereditatis, Id est detracto quãti per se fuit seruus, quantique vendi potuisset etiamsi heres scriptus non fuisset. Plus puto, Etiamsi venditor soluendo non sit, ita vt fideicommissario æquum sit dari actionem in subsidium aduersus emptorem, Non tamen ad aliud teneri emptorẽ posse quàm vt illud ipsum precium præstet quod præstare venditor teneretur si soluendo esset, nec quicquam amplius. Cur enim ob inopiam venditoris in plus teneatur quàm ipse venditor, qui & principaliter & directa ex testamento actione conuentus iam fuit? Conuentum siquidem necessariò ponendum est antequàm ad emptorem perueniatur, vt excussio facta videri possit, nisi tam euidenter & notoriè non soluendo esset venditor vt hoc ipso excussionem pro facta haberi oporteret: quemadmodum in specie *legis vltim. De eo per quem fact. erit,* Castrensis tradidit ad eum locum. Hoc verò nec Accursius, nec interpretes cæteri percepisse videntur, qui existimant

ex hac

ex hac Iuliani ſententia fieri vt emptor à fideicommiſſario conuentus, & re & precio ſimul carituras ſit: quod certè non ita eſt. Neque enim dabitur in eum actio fideicommiſſario ad res hereditarias ſiue per vindicationem, ſiue per hypothecariam euincendas, ſed tantùm, vt dixi, ad precium quod iam ſemel venditori perſoluerit, Atque ita fiet quidem vt bis idem precium ſoluere compellatur, quod per ſe iam ſatis durum eſt, At non vt cogatur carere rebus hereditariis, quod eſſet longè durius. Nam præter id quod eius intereſſe maximè poteſt habere res hereditarias potiùs quàm ab earum precio iterum præſtando immunem eſſe, Credibile eſt longè maioris precij eſſe hereditatem, poſteaquàm emptori per ſeruum acquiſita eſt quàm fuerit ſeruus ipſe tempore venditionis, Quo tempore ſuberat tantùm ſpes acquirendæ hereditatis, quæ ſpes facilè poterat intercidere mortuo fortaſſis ſeruo antequàm à nouo domino adire iuberetur, aut ſuperueniente aliqua noua cauſa quæ faceret ei ſuſpectam hereditatem.

ERROR OCTAVVS.

De ſententia & lectione l. ſi alienus 62. de legat. 2. l. vlt. in princip. De legat. 3. & l. 2. D. de inſtit. act.

QVR verò in emptorem detur ſubſidiaria & vtilis fideicommiſſi perſecutio, qui non fuit rogatus (quod per ſe durum eſſe diximus) ratio quæ ſubobſcura videtur, non tantùm ex æquitate illa petenda eſt, Ne aliter poſito iure fideicommiſſum intercideret ex facto venditoris, quod iniquum eſſet *dict. l. quidam ita* 25. *§. ſi quis filium in fin. ad SC. Trebell.* Sed etiam ex ratione ipſa iuris, Quòd huiuſmodi fideicommiſſum iniunctum domino ſerui heredis inſtituti capiat vires ex perſona ſerui, non ex perſona ipſius domini, quoties alij quàm ſeruo dominus reſtituere rogatus eſt *l. cùm filiofamilias* 11. *de leg.* 1. Quid ergo mirum eſt, ſi emptor idémque nouus dominus huius ſerui cogatur præſtare fideicommiſſum hereditatis, quam per ſeruum ipſum quæſiuerit? Nam & ſi ſeruus ipſe inſtitutus, manumiſſus fuiſſet ante aditionem & liber factus adiiſſet, perinde hoc fideicommiſſum præſtare cogeretur *l. ſi alienus.* 62. vbi manifeſtum eſt poſt verba illa *Nec ſervus* legendum eſſe addita negatione *quia rogatus non eſt de legat. 2. l. à patre* 4. *de legat.* 3. Porrò quæ ratio ſeruum inſtitutum obligat, vt ſi adierit manumiſſus hereditatem reſtituere debeat, Eadem obligat nouum dominum qui eum adire iuſſit vt æquè reſtituat, Vna illa nimirum quòd fideicommiſſum hoc ex perſona ſerui vires accipiat, Itaque illud potiùs mirandum eſt, cur apud Iulianum & in ſpecie *dictæ legis* planè *§.* 1. non detur actio fideicommiſſario recta in emptorem, quamuis venditor ſit ſoluendo, cùm factus ſit heres per ſeruum qui ipſe rogatus videtur, quomodo credendum eſt fuiſſe teſtatorem preces ad eum ſuas directurum, ſi credidiſſet fore, vt ad eum hereditas perueniret. Quo exemplo illud etiam longéque probabilius dici poteſt perinde fuiſſe teſtatorem petiturum à nouo domino vt hereditatem reſtitueret, ſicuti petit ab eo qui

tum dominus erat si hanc dominij mutationem ante aditionem hereditatis futuram præuidisset. Ratio autem alia quærenda non est, quàm quæ affertur à Iuliano, quòd venditor eam ipsam hereditatem habere videatur, quam restituere rogatus est, cùm eius precium habeat. Ex qua ratione intelligimus aliud eum responsurum fuisse, si prior dominus seruum hunc heredem scriptum non vendidisset sed donasset. Nec enim hereditatem propter seruum habere videretur is, qui donasset, qui scilicet post donationem, neque seruum, neque hereditatis precium aut quicquam aliud in vicem hereditatis haberet *l. quòd si donauero* 40. iunct. *duab. præced. D. de vsufr.* Quare ad rem non pertineret si quis eo casu obiiceret, Rogatum fuisse priorem dominum, posteriorem verò rogatum non esse. Nam neque priori domino debet nocere quòd fuerit rogatus, cùm habendus sit pro rogato sub illa demùm condicione, si heres esset *d. l. si alienus*, quę condicio deficit alienato per eum seruo ante aditionem: Neque posteriori domino prodesse quòd rogatus ipse non fuerit, cùm preces defuncti quamuis ad priorem dominum directæ perinde habendæ sint acsi ad seruum ipsum directæ essent, vt consequenter perinde obligent posteriorem dominum qui per seruum heres factus est, atque priorem obligassent si seruus alienatus non fuisset. Atque ita debet accipi quod concludit Rufinus *in d. l. si alienus*, iis verbis, *itaque vtilis actio hoc casu competit, vt is ad quem emolumentum hereditatis peruenerit, & fideicommissum præstare compellatur*: Scilicet vt ita demum bona sit hæc ratiocinatio, si is ad quem hereditatis emolumentum peruenit, ille ipse sit ex cuius persona fideicommissum vires accipit, aut per ipsum heres factus sit. Alioqui certum est non ex eo solo deberi ab aliquo fideicommissum, quod hereditas fideicommissaria quoquomodo ad ipsum peruenerit, vt constat ex *d. l. planè in princip. & ex l. vlt. in princip. De legat. 3.* vbi legendum esse *instituit* pro *substituit* bene docuit Cuiac. *lib. 2. obser. cap. 32.* & in fine responsi *patris* pro *fratris*. Nisi quis circa priorem emendationem probabilius putet, vt neque *instituit* legamus, neq; *substituit*, cùm verbum *instituit* paullò pòst appositum in vers. *deinde ille extraneus hunc filium heredem inst tuit*, vtrique sententię construendæ commodissimè maioréque elegantia subseruire possit. Probabile námq; est huius rei ignoratione additum primum fuisse verbum *substituit* ab imperito aliquo interprete quem illud fefellit quod vidit in sequentibus tractari de substituto pupillari. Nec animaduertit alium substitutum fuisse quàm extraneum illum qui fuerat institutus, cùm alioqui neq; de substituto pupillari, neq; de legatis ab eo præstandis quæri posset si substitutus ante impuberē decessisset eo relicto herede. Quā ob causam coactus fuit Accursius cōminisci duos in illa specie fuisse heredes institutos & pupillo exheredato substitutos vt prę mortuo vno qui heredē scripsisset impuberē, quæstioni locus in alterius instituti eiusdēq; substituti persona relinqueretur. Sed hic rursum quæro, Cùm fideicōmissum de quo Iulianus tractat *in d. l. planè* §. 1 ex serui persona vires accipiat secundū eiusdē Iuliani sententiā à Papiniano relatā & probatam *in d. l. cum filiofamilias* 11. *de l. 1.* Cur vtilibus tantùm actionibus non etiā directis conueniendus sit ex fideicōmisso seruus ipse si manumissus inueniatur aditionis tempore & heres factus per aditionē, Aut posterior dominus qui eum adire iussit. Ratio est in promptu, quia neuter rogatus est, sed prior dominus qui tamen per seruum illum ante aditionem manumissum aut alienatum heres factus non est. Non enim alius de fideicommisso

directa

directa actione conueniri potest quàm qui fuit rogatus, vt ostendunt verba *d.l.si alienus*. Superest vt moneamus quod etiam tacentibus nobis satis ex superioribus intelligitur, valde distare casum hunc Iuliani ab illo quem tractat Vlpianus *in d.l.vlt.de eo per quem facl.erit*. Longéque maiorem esse rationem cur apud Iulianum persecutio fideicommissi detur contra emptorem in subsidium venditore existente non soluendo, quàm vt apud Vlpianum detur restitutoria contra reum tempore liberatum ob id solum quòd soluendo non sit actor cuius dolo malo factum est, ne reus iudicio sisteretur. Etsi enim emptor in eo fauorabilior videtur, quod causam habet onerosam, ille verò qui tempore liberatus est vel vsucepit, causam lucratiuam habet, nocere tamen illud emptori debet, quod cum seruum possidet ex cuius persona fideicommissum priori domino iunctum vires accepit: Ei verò qui vel vsucepit vel ab actione proposita liberatus est tempore, nihil est quod nocere debeat præter rationem illam æquitatis quæ non patitur, vt ex damno alterius ipse locupletetur. Ponimus enim nihil ab eo factum esse dolo malo, solúmque stipulatorem iudicio sisti dolum fuisse passum ab eo solo, qui ne reus iudicio sisteretur, prohibuit, vt fusiùs explicauimus in præcedentibus. Cæterùm quemadmodum locus ille Vlpiani non probat Castrensis sententiam pro fideicommissario vt aduersus debitores hereditarios per negligentiam heredis tépore liberatos regressum habere in subsidium debeat, si heres non sit soluendo aut de culpa lata non teneatur, ita neque ex supradicto Iuliani responso probari tam improbabilis sententia potest, ob euidentem inter has species diuersitatem, diuersitatísque rationẽ, quæ ex superioribus satis colligitur. Multò minùs ad rem facit, quod iidem nostri adferunt *ex l.1.in fin.& l.2.D.de instit.act.* Interdum debere actionẽ dari ei qui institorem præposuit aduersus eos qui cum institore contraxerunt eo nomine quovt institor contraxit: (Sic enim lego *in d.l.vt institor*) si modò non aliter rem suam seruare possit. Etsi enim regulare est vt per liberam personam actio quæri non possit, eos tamen qui cum institore ex eo tanquam institore contraxerunt ideò mihi saltem in subsidium teneri æquum est, quod negare non possunt quin contrahendo cum ipso personam quoq; meam & patrimonium meum intuiti videantur: Adeò vt ob eam causam obligatum me habeant actione institoria *d.leg.1.& tot.ill.tit.* in quæstione autem nostra de fideicommissario agere volente aduersus debitores hereditarios liberatos nihil tale est.

ERROR NONVS.

De differentia hereditatis cessæ in iure, & eius, quæ restituta sit ex Trebelliano.

PRIMA hæc occurrit differentia inter hereditatem cessam in iure, & eam quæ restituta sit fideicommissario ex authoritate Senatusconsulti Trebelliani, quòd hereditas etiam priusquàm adeatur cedi potest in iure sed legitima tantùm, non etiam testamentaria, id est sola illa quam lex detulit agnato proximo, non quam testator heredi scripto, quemadmodum Vlpianus *in Titulis scribit tit.19.de acquisit.rer.* At hereditas fideicommis-

faria licèt non minùs ab inteſtato quàm ex teſtamento dari poſſit, tracta per prudentum interpretationem poteſtate legis falcidiæ & Senatuſconſulti Trebelliani ad fideicommiſſa ab inteſtato quoque relicta *leg. filiusfamilias* 18. *D. ad leg. falcid. leg.* 3. *leg. & ſine ſcriptura* 5. *C. ad SC. Trebell. leg. recuſare* 6. §. 1. D. *eod.* Numquam tamen reſtitui poteſt priuſquam adita ſit, nec magis ab herede legitimo quàm à teſtamentario. Ideóque omni caſu cogendus eſt heres, vt adeat hereditatem & reſtituat: Præterquàm ſi ſuus heres à patre rogatus proponatur. Hic enim cogitur quidem reſtituere, ſed non ſe immiſcere, cùm ſit heres ipſo iure, nec minùs citra immixtionem quàm citra additionem *leg.* 1. §. *qui ſunt in poteſtate D. ſi quis omiſſ. cauſ. teſtament. leg. in ſuis* 14. *D. de ſuis & legit. leg. ita tamen* 27. §. *ſi pater filium* D. *ad SC. Trebell.* Huius verò differentiæ ratio licèt prima facie non parum obſcura eſſe videatur, illa tamen afferri vera & germana meo iudicio poteſt, quòd reſtitutio hereditatis non aliter prodeſſe fideicommiſſario poſſit ad transferendas in eum actiones hereditarias ne tum quidem cùm fit ab inteſtato, quàm ſi fiat eo ipſo modo quo teſtator voluit *leg.* 1. *leg. ſed & ſi alio* 9. §. *vlt. & leg. ſeq. D. ad SC. Trebell. leg. ſi mulier* 59. §. *ex aſſe D. de iur. dot.* Teſtator autem voluit reſtitui hereditatem ab herede, hoc eſt ab eo qui iam factus eſſet heres per additionem, quíque haberet ipſe actiones quas transferre in alium valeret, cùm alioquin de transferendis iis tractari nullomodo poſſet. Denique reſtitutio præſupponit acquiſitionem in perſona reſtituentis: At hereditatis ceſſio quæ fiat in iure, poteſtatem totam ſumit à lege 12. tabul. cùm ſit vnus ex modis ſex acquirendi dominij iure Quiritium, vt Vlpianus ſupradicto loco ſcribit, ideóque poteſt fieri etiam ab eo qui nondum ſit heres, ſi modò ius habeat hereditatis acquirendæ. Et hûc fortaſſis pertinet quod habet regula iuris, Non velle heredem eſſe illum qui ad alium transferre voluit hereditatem. *leg. non vult heres eſſe* 6. *de regul. iur.* Nam quod vulgò interpretantur de illo qui hereditatem ſibi delatam in alium transferri paſſus eſt, vereor ne non ſatis conueniat verbis legis quæ non de illo loquitur, qui hereditatem in alium transferri voluit, ſed de illo, qui transferre: quod neſcio an alij vlli poſſit conuenire, quàm ei qui hereditatem in iure cedit. De quo tamen loqui Vlpianum veteres interpretes diuinare non potuerunt, qui Fragmenta illa quæ nobis penè ſola ex tot librorum naufragio ſuperſunt in manibus nunquam habuerunt: Nam & ex recentioribus qui minùs politi ſunt, magiſque in Bartolo quàm in Papiniano verſati, non deſunt qui reliquias iſtas tam precioſas negligant, Vidique magnum Doctorem vt ſibi quidem videbatur, qui cùm inter diſputandum vrgeretur aliquando iis ſententiis quæ ſumptæ eſſent vel ex Titulis Vlpiani, vel ex Inſtitutionibus Caij, vel denique ex libris Sententiarum Pauli, ſolebat illas riſu ſolo eludere, & libros illos omnes *ſolitarios* vocitare. Sed politiores & elegantiores noſtros Doctores, qui ex Romanarum antiquitatum monumentis pleroſque difficiles & perplexos iuris noſtri locos enodare didicerunt, magis miror in ea iuris regula interpretanda, ad ceſſionem quæ in iure fieret, non animaduertiſſe. Sed illud longè difficilioris videtur eſſe inueſtigationis, Cur olim teſtamentaria hereditas cedi non poſſet antequàm eſſet adita, Legitima verò poſſet, vt Vlpianus noſter refert: An quia minùs iuris in acquirenda hereditate habeat heres teſtamentarius quàm legitimus?

Atqui

Atqui tantò plus iuris habere videtur, quantò fauorabilior esse creditur, cùm causa testati semper præcedat causam intestati *l. quandiu* 39. *de acquir. hered. l. quandiu* 89. *de reg. iur.* Nisi si quando testator contrarium dispo-fuerit, vt in *l. si quis ita* 82. *D. de hered. institu.* Nempe quoniam ei qui in testamento ritè condito heres institutus est, non tantùm lex defert hereditatem, sed etiam testator cuius voluntatem lex hoc casu subsequitur, Ei verò qui ab intestato vocatur, lex sola defert hereditatem, non etiam paterfamilias, nisi quatenus creditur is velle subsequi voluntatem legis *l. 3. in princip. l. conficiuntur.* 8 §. 1. *D. de iur. codicill.* Cæterùm neque legitimus heres magis quàm testamentarius quicquam iuris habet in hereditate nondum adita, ideóque nec ad heredem suum eam transmittit. Aditio enim hereditatis sola ea est quæ heredem facit, non delatio siue à lege illa fiat, siue etiam à testatore *l. delata* 151. *De verbor significationib.* Rario igitur, ni fallor, petenda ex eo est, quod sicuti delatio hereditatis legitimæ fit à sola lege, ita & cessio in iure fit ex eiusdem legis potestate, Ideóque facilè se lex interponit vt hereditatis legitimæ priùs etiam quàm adita sit cessionem fieri patiatur, cùm neque voluntas, neque factum hominis in ea re vllum intercedat, Tam enim facile est legi deferre hereditatem cessionario ex agnati proximi eiusdémque cedentis voluntate, quàm agnato ipsi, támque facile heredem facere cessionarium quàm cedentem. Et ob id Vlpianus *dict. tit.* 19. *D. de acquisit. rer.* ait eodem in omnibus iure censeri eum cui hereditas à proximo agnato in iure cedatur, quo censeretur agnatus proximus si heres esset. Cessionarium enim heredem verè fieri & quidem solum & ex toto asse, cùm nolit agnatus proximus heres esse qui ad alium per cessionem transferre voluit hereditatem. At in delatione hereditatis testamentariæ aliud est, quia licèt lex duodecim tabul. perinde confirmet hereditates testamentarias, atque legitimas *l. lege obuenire* 130. D. *de verbor. signific.* confirmat tamen testamentarias secundum testantis voluntatem quatenus iusta illa est, Nunquam verò aliter quàm voluntas ferat, ne quid vel contra vel præter voluntatem facere videatur. Atqui testator non alij suam hereditatem ex testamento detulit, quàm ei quem heredem scripsit, Nec rursum alij delatam eam voluisse credendus est si heres institutus adire illam ex testamento nollet: Alioqui adscripsisset ei vel substitutum vulgarem, vel saltem coheredem qui repudiante coherede quodammodo tacitè substitutus videri posset, *l. potest* 36. *de vulg. & pupill. subst. & Institut. eod. titul. in princip.* Iunct. *l. si Titio* 61. §. *Iulianus de legat.* 2. *l. non instam* 4. *C. ad SC. Trebellianum.* Cúmque nec substitutum nec coheredem ei dederit, vix aliud de ipsius voluntate suspicari possumus quàm vt deficiente scripto herede siue quòd nollet, siue quod non posset adire hereditatem, haberet successorem agnatum proximum, cui scibat futurum vt lex hereditatem deferret. Proinde fieret non modò præter sed etiam contra ipsius voluntatem, si heredi scripto permitteretur cedere in iure hereditatem quam ipse nondum adiisset. Cedendo enim faceret heredem illum quem testator heredem habere non voluisset, imò verò de quo fortassis nunquam cogitasset atque ita hereditas præriperetur legitimo heredi ad quem non solùm ex lege, sed etiam ex tacito defuncti iudicio peruenire deberet. At cùm legitimus & agnatus proximus cedit in iure hereditatem etiam extraneo, nihil tale nec metui, nec

tractari potest. Nam siue expressam, siue tacitam defuncti voluntatem intueare, siue ipsam quoque legis destinationem & potestatem, nemo est cui possit videri facta iniuria per cessionem hereditatis in iure, quam agnatus proximus extraneo cuilibet fecerit. Cùm ita constituto vetere iure ciuili, vt in agnatis non esset successio non magis quàm in suis *l.1.§.sciendum est. D. de suis & legit.* hoc est vt si is qui mortis tempore agnatus proximus inueniebatur, nollet heres esse legitimus, nihilomagis sequentes agnati admitterentur, quasi consumpta per vnicam primámque delationem tota legis potestate, propterea quòd non nisi semel locuta lex esset, solique agnato proximo familiam detulisset: Necesse esset agnato proximo nolente adire, hereditatem deficere, fierique bona vacantia & vindicari fisco, dummodò essent soluendo. Quoadusque Prætor huic incommodo prospexit proposito edicto successorio vt qui non poterant post agnatum proximum succedere tanquam agnati, succederent saltem tanquam cognati, nec priùs fierent bona vacantia quàm vel cognatus nullus superēsset, nec aliquis ex iis bonorum possessionem ex capite Vnde cognati accepisset, túmque ad abstinendum restitutus in integrum fuisset. *dict. §. placebat leg.1. & 2. D. de succes. edict.* Itaque mirum non est eam fuisse vim & potestatem eius cessionis, quę in iure ac sollenniter facta esset, vt heredem faceret eum cui cessa esset hereditas ab agnato proximo, etiam quam is nunquam adiisset. Pendebat enim ex eadem potestate eiusdem legis, duodecim scilicet tabularum, vt heres fieret quisquis hereditatem iacentem adiret, siue cedens ille esset, siue cessionarius, hac sola differentia, quòd cedens qui alius esse non potest quàm agnatus proximus, si adiret fieret heres per legem immediatè: Cùm tamen cessionarius fiat quidem æquè heres à lege, sed non immediatè, at per mediam in iure cessionem. Vnde est quòd illum legitimum heredem appellamus, hūc cessionarium, Illam legitimam hereditatem, hanc cessiciam, vt & cessiciā tutelam apud Vlpianum. Nam quemadmodū hereditas, ita & tutela cedi poterat in iure, omnia denique iura & quæ in iure consisterēt vt supradicto loco Vlpianus scribit. Erat enim cessionis vsus vt magis necessarius, ita longè frequentissimus ad iura transferenda, quæ nec mancipari, nec tradi poterant. Adeò vt cessa hereditate non ideò res hereditariæ singulæ cessæ intelligeretur, sed speciali in res singulas cessione opus esset, quarum dominium iure Quiritium ex ea causa in cessionarium transferre cedens vellet, vt dicemus *in Error. seq.* Quia nimirum aliud esset hereditas, aliud res singulæ hereditariæ, *leg. in fideicommissaria* 18. *D. ad SC. Trebell. leg. hereditas* 50. *D. de hered. petit.* nec proinde cessa hereditate possent ideò videri cessæ res hereditariæ singulæ, nec aliud quicquam nisi quòd conceptis & sollennibus cessionis verbis disertè comprehensum inueniretur. Cæterùm hereditate in iure cessa, priùs quàm adita esset, non dubitabatur quin iura omnia quę & defuncto & in defunctum competierāt, transirent in cessionarium tanquam in verum heredem quomodo transitura fuissent in agnatum proximum si is hereditatem adire quàm cedere maluisset: Alioqui non fuisset vera iustáque cessio, quę ius omne cedenti siue delatum siue iam acquisitum in cessionarium non transtulisset. Quid enim prohibere poterat quominùs cessionarius verè fieret heres, cùm alius aut antè, aut præter ipsū nullus esset? Habebat igitur perinde ac alius heres quilibet siue testamentarius, siue

legi-

legitimus actiones omnes directas tam actiuas quàm passiuas quibus & cõuenire ij se debitores hereditarios, & à creditoribus hereditariis conueniri directò posset, cùm alius nemo esset in cuius persona directæ residerent. Ita fiebat vt nec vtilibus actionibus indigeret qui habebat directas *l. si heres 70. in princip. D. ad SC. Trebell.* neque vtiles vllas habere posset, quippe quæ nunquam in eadem persona, & respectu eiusdem rei possint simul cum directis consistere, vt sæpiùs monuimus. At in eo cui fideicommissaria hereditas siue ex testamento, siue ab intestato restituta est diuersa sunt omnia. Is enim sicuti heres non fit per restitutionem, sed tantùm heredis loco esse incipit, propterea quòd hereditatem priùs aditam fuisse necesse est vt restitui potuerit, Eum autem qui semel adeundo factus heres sit, heredem semper remanere *§. restituta Inst. de fideic. hered.* Ita neque directas actiones habere potest, quæ in persona heredis remanent, & consequenter indiget necessariò vtilibus, ad agendum, nec rursum conueniri potest nisi vtilibus per creditores, hereditarios, Quos tamen idcircò necesse est contra eum agere ad suum consequendum, quòd si directa actione experirentur aduersus heredem, qui iam hereditatem restituisset, summoueri possent exceptione restitutæ hereditatis, *dict. l. ita tamen 27. §. qui ex Trebelliano D. ad SC. Trebell.* Media siquidem persona heredis grauati qui adiit & qui post aditionem heres manet impedit omnino ne persona defuncti coniungi possit cum persona fideicommissarij, atque ita ne in fideicommissarium transire possint iura quæ in heredem quemlibet transirent, & quæ nihil tale vetat transire in eum cui cessa est à legitimo herede ante aditionem hereditatis. Verùm quid si hereditas cessa sit in iure, siue à testamentario, siue à legitimo herede post aditionem? Iam enim diximus, cùm cessio sit aditæ hereditatis, nihil interesse an testamentarius, an legitimus heres ille sit qui cedit, An aliqua erit hoc etiam casu differentia inter cessam & restitutam ex Trebelliano hereditatem. Hic verò alius tractatus est, & dignus planè quo hanc Decadem concludamus.

ERROR DECIMVS.

Si hereditas iam adita in iure cessa sit, An & in quo differat ab hereditate ex SC. Trebelliano restituta. Ad Vlpian. tit. 19. & in l. 1. D. ad SC. Trebell.

IN eo ipso Vlpiani titulo quẽ suprà citauimus, qui est *tit. 190. de acquis. rer.* scribit ille, Si antequàm adeatur hereditas in iure cessa sit, perinde fieri heredẽ eum cui cessa est acsi ipse heres legitimus esset. *Quòd si posteà, inquit, quàm adita fuerit, in iure cessa sit, is cui cessa est permanet heres, & ob id creditoribus defuncti manet obligatus, Debita verò pereunt, id est debitores defuncti liberãtur.* Hoc verò si ita est, magna quoq; & aperta erit hoc parte differẽtia inter cessã hereditatẽ & restitutam. Cùm enim hereditas fideicõmissaria ex Senatusconsulto Trebelliano restituta est, constat nõ fieri heredem illum cui hereditas

restituta fuit, sed tantùm heredis loco, heredem autem eum manere qui primùm heres fuit, & qui hereditatem ipsam restituit §. *restituta instit. de fideic. hered.* Adeò vt perinde actiones directæ quæ & defuncto & in defunctum competierant competant heredi & in heredem etiam post restitutionem, acsi hereditatis restitutio nulla facta esset, Licèt ex vtraque parte fiant inutiles, & inefficaces per oppositam exceptionem restitutæ hereditatis siue ab herede conuento per creditores hereditarios, siue à debitoribus hereditariis conuentis per heredem *l. ita tamen* 27. §. *qui ex Trebelliano D. ad SC. Trebell.* Cuius iuris ratio illa est, quòd ex generali iuris regula quisquis semel heres fuit, semper heres perseuerat, quodque vni homini duo in solidum heredes esse non possint *l. ei qui soluendo* 88. *de hered. instit. l. quod contra* 141. §. 1. *de reg. iur.* Sic enim fit vt neque heres qui hereditatem restituit desinere possit heres esse per restitutionem, neque possit fideicommissarius fieri heres alio iam herede existente: Quemadmodum nec hereditas videri amplius potest illa quæ iam adita fuit, cùm ex die aditionis facta sit patrimonium heredis *l.* 1. *D. de separat.* Nec contrarium est quod fideicommissarias quoque hereditates æquè hereditates appellamus *tot. tit. de fideic. heredit. l. 1. ad SC. Trebell.* Id enim fit habita relatione ad id tempus quod fuit ante aditam hereditatem, non ad id quod posteà, Vt omnium apertissimè Vlpianus idem noster expressit *in d. l. in fideicommiss. ria*, vbi ait, Eum qui rogatus est hereditatem restituere, id videri rogatum reddere quod fuit hereditatis, ac proinde quod neque hereditas esse hodie, neque hereditatis dici possit, Nec valde dissimiliter Iulianus *in l. 2. §. vlt. D. de iur. codicill.* scribit Hereditatem testamento inutiliter datam non posse codicillis quasi hereditatem confirmari, sed ex fideicõmisso peti salua ratione legis falcidiæ. Quibus verbis opponit euidẽter hereditatẽ quę quasi hereditas petitur, hereditati qua petitur quasi ex fideicõmisso: Vt significet hereditatem fideicõmissariam nõ peti quasi hereditatẽ, sed quasi bona defuncti, quæ aliquando fuerint hereditatis, & desierint tamẽ esse per aditionem. Quod eùm ita sit difficile est dicere quo sensu aut qua ratione verum esse possit quod ex Vlpiano *in dict. tit.* 19. scriptum legimus, si hereditas iam adita subinde cessa sit in iure, eum cui cessa est permanere heredem. Id enim admitti certè non potest, quin certissima iuris ratio regulęq; omnes violentur, Non nego etiam iure ciuili aliquos casus esse in quibus is qui heres aliquando fuit, heres tamen esse eodem iure ciuili desinit, Vt puta si quis hereditatem adierit ex eo testamento quod posteà inofficiosum pronunciatum sit *l. in substitutione* 31. *in princi. D. de vulg. & pupill. subst. l. circa* 24. *& pass. D. de inoff. testam.* Aut si heres scriptus redactus fuerit in seruitutem post aditam hereditatem *l. ex facto* 43. §. *vlt. de vulg. & pupill. subst.* Aut denique si heres intra annum postquàm adiit hereditatem non impleat voluntatem defuncti testatoris. Amittit enim hoc ipso hereditatem, eáque vel ad coheredem si quis sit, vel si nullus erit, ad fideicommissarium aut recusante quoque fideicommissario ad legatarios pertinet ex Iustiniani *Nouell.* 1. §. *si quis autem. De hered. & falcid.* Hi enim tres casus sunt in quibus ita comparatum est vt qui heres iure ciuili fuit, posteà tamen esse desinat. Quos latiùs prosecuti sumus & explicauimus *in Error. 2. Decad.* 27. Sed omnes illi casus vt nemo non videt, pertinent ad causam testati, Excepto secundo, qui ad legitimum quoque heredem extendi potest quia eum qui ex libero fit seruus, necesse est ex herede fieri non heredem, Eodem prorsus iure, quo desinit

heres

eres esse quisquis moritur sine herede alióve successore: Cùm seruus non magis possit manere quàm fieri heres, quia seruitus morti æquiparatur *l. intercidit* 57. *De condic. & demonstr. l. seruitutem* 209. *de reg. iur.* Cæterùm extra hunc casum non potest fieri vt qui semel heres fuit desinat heres esse nisi ex testamento, Quia quoties factum est testamentum, duo casus sunt, vnus testati, alius intestati. Et corruente testamento siue ab initio, siue ex postfacto vt per querelam inofficiosi testamenti, necesse est fieri locum successioni intestati, sed ab intestato vnus tantùm casus est *leg. ab intestato* 16. *in fin. D. de iur. codicill.* Ideóque fieri nequit vt qui ab intestato heres factus est desinat esse heres, nisi cùm factus est seruus, Atqui Vlpianus *in dict. titul.* 19. *De acquisit. rer.* cùm ait eum cui cessa est in iure hereditas permanere heredem, licèt eum quoque casum tractet quo sit adita hereditas ex testamento, illum tamen æquè complectitur quo adita sit ab intestato. Differentiam námque ponit inter hereditatem cessam in iure ante aditionem, & eam quæ post aditionem cessa sit: Cùm tamen prius dixerit nonnisi à legitimo herede cedi posse hereditatem priusquàm adeatur. Ergo fateamur quod res est, & quod Vlpiani commentator & emendator doctissimus Iacobus Cuiacius ad eum tit. obseruauit, Corruptum esse Vlpiani locum, nec ad illum cui cessa sit hereditas, sed ad eum qui cesserit referri debere quod ait Vlpianus heredem ipsum permanere. Id enim ita esse apparet non solùm ex propria significatione verbi *permanet* quod nullomodo potest ei conuenire, qui nunc primùm heres fiat sed illi tantùm qui iam antea heres fuerit, sed etiam ex antithesi quam format Vlpianus ex eo quod dixerat in versiculo præcedenti. Opponit enim casum illum, quo cessa sit hereditas ab agnato proximo ante aditam ab eo hereditatem, & casum quo facta sit cessio post aditionem. Et ait cessa hereditate per agnatum proximum ante aditionem, perinde fieri heredem legitimum eum cui cessa est acsi ex sua persona & ab initio esset heres legitimus. Nec enim potest heres ille esse aut permanere, qui cessit, cùm hereditatem nunquam adierit. At cùm cessio facta est post aditionem, per quam heres iam factus sit is, qui hereditatem cedit, permanet vtique heres qui fuit, Tantúmque abest vt possit dici è contrario permanere cessionarium heredem qui numquam fuerit, Vt neque fieri per cessionem heres possit, alio scilicet herede iam existente: Alioqui duo eiusdem hominis, eiusdémque hereditatis heredes in solidum inducerentur, Quod rationi iuris vsque adeò repugnat, vt nec legis vllius potestate id fieri possit, quemadmodum aduersus Bartolum disputauimus *in Error.* 5. *Decad.* 27. Idem probatur etiam ex eo quod sequitur apud Vlpianum *& ob id creditoribus defuncti manet obligatus.* Quomodo enim manebit obligatus cessionarius, qui non fuerit obligatus ante cessionem? Obligari quidem nunc primùm posset si iuris ratio ita ferret. Sed obligatus manere non potest. Imò verò cùm cedens adierit hereditatem, atque ita cœperit esse obligatus creditoribus defuncti cum quibus quasi contraxisse intelligitur per aditionem *leg. 3. §. vltim. quibus ex caus. in poss. eat.* necesse est vt permaneat ipse obligatus. Nec enim facto suo & ignorantibus creditoribus potuit sibi acquirere liberationem *leg. cùm hereditate* 55. *de acquirend. heredit. leg. si seruum* 81. *§. videamus De verbor. obligationib.* quod tamen contingeret si per solam hereditatis cessionem in iure factam liberaretur. Denique si is cui post aditionem cessa est hereditas fieret heres & permaneret

obligatus creditoribus hereditariis,non posset reddi ratio eius quod sequitur apud Vlpianum *debita eo casu perire,id est,debitores liberari.* Cur enim liberarentur, ac non potiùs obligati manerent cessionario qui verus heres esset?Certum siquidem est in omni hereditate ex lege 12. tab. contineri debita & credita,nec minùs obligari per legem 12. tabul. hereditarios debitores heredi, quàm heres ipse creditoribus hereditariis obligatur. *leg. 1. C. si cert. pet. l. 1. & 2. C. si vnus ex plurib. hered. debit.* At si cum Cuiacio, mecúmque sic sentias vt cessa post aditionem hereditate siue per testamentarium heredem,siue per legitimum heres nihilominùs permaneat is qui cessit.Non tantùm vera sed etiam perelegans erit Vlpiani sententia,& ratio diuersitatis non obscura, Cur cedens qui heres permanet, maneat obligatus creditoribus hereditariis, debitores autem ab eo liberentur. Nam vt bene Cuiacius notat,Ideò creditoribus obligatus manet,quòd cum iis quasi contraxerit adeundo, nec contractam semel obligationem, inuitis aut ignorantibus iis facto suo dissoluere posteà potuerit. Idcirco autem liberantur ab eo debitores quod cedendo hereditatem in iure, vniuersum ius quod habebat à se abdicauerit, quamuis non ob id ius illud transferatur in cessionarium, Cui obligari debitores hereditarios siue inuitos, siue ignorantes iniquum sanè esset:quandoquidem neque ille heres est, neque ipsi cum illō vel contraxerunt vel quasi contraxerunt. Sic enim videmus euenire in vsufructu qui cessus est extraneo vt quamuis ea cessione nihil actum sit in vtilitatem extranei quia vsusfructus seruitus personalis est, vsusfructus tamen cessus ad proprietatem recurrat *l. si vsusfructus 66. D. de iur. dot.* quoniam non potest remanere penès cedentem fructuarium qui omne ius quod habebat à se abdicare voluit,quod facere vtique potuit, tametsi etiam id egerit vt in alium transferret quod facere non potuit. Enimuerò licèt cum Cuiacio existimem corruptum esse supradictum Vlpiani locum, vix tamen fieri potest mihi probabile sic emendandum esse quomodo putat Cuiacius, qui in illis verbis *cui cessa est* pro *cui* legit *à quo.* Mallémque eodem sensu retento legere *qui cessit.* Esset enim mendum probabilius, natum in posteriore dictione ex eo quod suberat in priore. Nam posteaquàm cœpit legi *cui* pro *qui* necesse fuit reponere *cessa est* pro *cessit*, cùm fortè neutrum integris literis scriptum esset, sed breuis vt fieri solebat in hunc modum *cess.* Quamquam parum refert vtra lectio sit probabilior, cùm alterutro ex his modis locum emendandum esse constet : Nisi quod in emendandis legibus eorum quoque infirmitati quantùm fieri potest satisfaciendum est, quibus non sufficit emendandi necessitatem videre, nisi emendationis aliquam etiam videant probabilitatem. Planè quod immediatè sequitur apud Vlpianum supradicto loco, *Res autem corporales quoties singulæ in iure cessæ sunt, transeunt ad eum cui cessa est hereditas*, non video cur Cuiacius ibidem mendosum putet atque ita restituendum,vt pro iis verbis *cui cessa est hereditas* reponamus *cui cessæ sunt.* Nam quod vir doctissimus supponit Vlpianum in præcedentibus non fuisse locutum de rebus incorporalibus quæ ceduntur in iure : In eo autem versiculo incipere agere de rebus corporalibus, ego probare non possum, qui video agi quidem de rebus corporalibus, sed tamen de iis tantùm quæ sunt in hereditate cessa. Id enim apparet tam ex aduersatiua illa *autem* per quam hic versiculus superiori connectitur qui erat de

cessione

ceſſione hereditatis, Quàm ex iis verbis *quotes ſingulæ in iure eſſe iunt.* Quorſum enim eſſet adiecta dictio *ſingulæ*, niſi in comparationem, & differentiam hereditatis quæ non in rebus ſingulis, ſed in iure atque vniuerſitate conſiſtit? Nimirum voluit Vlpianus ſignificare Multum intereſſe an hereditas tantùm in iure ceſſa ſit, an cum hereditate etiam res ſingulæ: Priore caſu ſolá hereditatem quatenus in iure conſiſtit tranſire in ceſſionarium, non autem res ſingulas: Poſteriore verò caſu res quoque ſingulas tranſire. Ceſſio enim cùm fieret certis verbis & ſollennibus ſicut & alius quilibet actus legitimus, non aliud complecti poterat, quàm quod ipſa ceſſionis formula diſertè cõprehenſum eſſet. Ergo ſi hereditas tantùm ceſſa erat in iure, ſola hereditas tranſibat non etiã res corporales hereditariæ, nõ quia cedi non poſſent, ſed quia ceſſæ non eſſent, tanquam quæ nec hereditas ſint, nec hereditatis, licèt fuerint aliquando hereditatis *d. l. in fideicom.* Vbi addit Vlpianus quod ad rem noſtram valde pertinet, Ideò fructus non venire in reſtitutionem hereditatis fideicommiſſariæ, quòd nõ hereditati ſed rebus ipſis ſingulis, quæ hereditariæ aliquando fuerunt, accepto ferantur. Quis ergo miretur, Ceſſa hereditate quæ in iure conſiſtit non in corpore, res hereditarias ſingulas non tranſire in ceſſionarium, niſi & ipſæ ſingulæ ceſſæ ſint cùm res illæ corporales, de quibus ſolis agimus, non hereditatis partem vllam conſtituant ſed bonorum? *l. hereditas* 50. *D. de hered. petit.* iunct. *l. quamuis* 14. *D. ſi quis omiſs. cauſ. teſtam. l. cogi* 16. *§. inde quæritur D. ad SC. Trebell.* Nihilne igitur Vlpian. dixerit de ceſſione rerum corporalium extra cauſam hereditatis? Dixit, inquam, ſatis cùm initio ſic ſcripſit, *In iure cedi res etiam incorporales poſſunt.* Illa enim dictio *etiam*, includit res corporales de quibus multò minùs dubitari poterat quàm de incorporalibus, cùm tradi quoque poſſint, & mancipari, quorum neutrum conuenit incorporalibus. Et hæc rurſum alia nec minùs elegans differentia eſt quam nemo obſeruat, inter hereditatem ceſſam in iure, & eam quæ reſtituta ſit ex Senatuſconſulto Trebelliano. Nam tametſi non niſi nudo verbo reſtituta ſit hereditas fideicommiſſaria, Attamen ſtatim res omnes hereditariæ etiam corporales fiunt in bonis, ac proinde in dominio vt vocant bonitario fideicommiſſarij, priùs etiam quàm nactus fuerit earum poſſeſſionem, *l. reſtituta* 37. *l. facta* 63. *in princip. eod. tit.* ita vt ſpecialem ſingularum rerum reſtitutionem fieri nullam oporteat, quomodo ſpeciali ſingularum rerum corporalium ceſſione opus eſt vt in eum tranſeant in quem iam ex ceſſione tranſierit hereditas. Nempe quia Senatuſconſultum Trebellianum ex cuius authoritate fit & reſtitutio & tranſlatio hereditatis nihil aliud requirit, niſi vt reſtitutio quoquomodo facta ſit ab herede, dum tamen ex voluntate defuncti & eo ipſo modo quo teſtator voluit. Facta verò reſtitutione quamuis nudo verbo, ſuccedit poteſtas & authoritas Senatuſconſulti quæ nulla poſſeſſionis adprehenſione indiget vt dominium ſaltem bonitarium rerũ hereditariarum corporalium transferat in fideicõmiſſarium: Idipſum enim Senatuſconſulti verbis factũ eſt quibus placuit omne ius fructúmque fideicommiſſarię hereditatis trãſferri in fideicõmiſſarium, ob ídque & ſubire onus eum oportere. Sic enim lego *in l. i. eo. ti.* non vt vulgò *ex his*, neque vt Cuiacius *ex duodecim tabulis* quod prorſus improbabile eſt cùm lex duodecim tabularum neque de fideicõmiſſariis hereditatibus locuta ſit, neque verò de fideicõmiſſis, quorũ ſcilicet vſus non niſi lõgo pòſt tẽpore inductus eſt, q̃ non sẽper facultas

ſuppeteret ciuibus romanis faciendi teſtamentum & eas ſollennitates adhibendi quæ erant neceſſariæ ad faciendam legem, quam porrò facere teſtator non poterat, niſi cùm verbis imperatiuis vtebatur, non cùm precariis, aut vt Vlpianus loquitur, precatiuis. Minúſque probare poſſum quod idem vir doctiſſimus vt ſuam illam emendationem adſtruat, aliam addit, notans in verbis Senatuſconſulti abundare dictionem *hereditatibus* vt quæ præcedit *fideicommiſſariis* non ad fideicommiſſarias hereditates ſed ad ipſos fideicõmiſſarios pertineat. Etenim facit hæc emendatio falſam Senatus propoſitionem, quæ ſi eam dictionem tollas, hæc ſupererit, Æquiſſimum eſſe in omnibus fideicommiſſariis, onus eos ſubire in quos ius fructúſque transferatur: cùm non omnes fideicõmiſſarij hoc iure vtantur ſed vniuerſales tantùm id eſt ij quibus hereditas ſiue ex aſſe, ſiue ex parte reſtituta ſit. Ergo in fideicommiſſariis duntaxat hereditatibus ea propoſitio vera eſt non in cæteris fideicommiſſis, nec proinde in omnib. fideicommiſſariis. Deinde quis, rogo ſenſus erit horum verborum *ſi qua de his bonis iudicia penderent.* Cur enim *de his bonis* adiecto pronomine demonſtratiuo, ſi in præcedentibus nihil dictum fuerat niſi de fideicommiſſariorum perſonis? At cùm de fideicommiſſariis hereditatibus diſertè locutus eſſet Senatus, eleganter & appoſitè ſubiecit verba ſupradicta vt ſignificaret fideicommiſſarias hereditates, licèt eo nomine appellentur, non tamen verè hereditates eſſe, ſed bona, & quidem heredis in cuius patrimonium conuerſa ſint per aditionem, ſed quæ tamen fuerint anteà hereditatis *d. l. in fideicommiſſaria.* Et quod ſequitur *eos ſubire* non ſic accipiendum eſt quaſi pronomen *eos* adiectiuum ſit *alicuius* ſubſtantiui præcedentis, ſed ita potiùs vt ſit ſubſtantiuum adiectiui & relatiui ſequentis in illis verbis *in quos ius fructúſque transferretur.* Denique cùm in eadem eiuſdem clauſulæ parte Senatus adiecerit *potiùs quàm cuique periculoſam eſſe fidem ſuam,* quis non videt Senatum in præcedentibus non magis de omnibus hereditatibus quàm de omnibus fideicommiſſariis locutum eſſe, ſed tantùm de fideicommiſſariis hereditatibus, id eſt, (ſunt enim coniugata) de fideicommiſſariis heredibus. Quid verò attinebat loqui Senatum de 12. tabulis cùm tractaret de fideicommiſſariis hereditatibus? Aut quid ſimile vel commune habent directæ hereditates de quibus ſolis locuta eſt lex 12. tabul. cum fideicommiſſariis, ſi Senatuſconſulti Trebelliani authoritatem inſuper habeamus? Imò verò in hereditatibus quæ per legem 12. tab. immediatè heredi deferuntur nihil tale tractari poteſt quale tractatur in fideicommiſſariis: An is ſentire onus debeat in quem ius fructúſque hereditatis transfertur, an penes eum remanere, qui tranſtulit, Cùm ſolus heres ille ſit & hereditatem habeat cui lex eam detulit, nec vlla hîc tranſlatio ſit quæ ab homine fiat, ſed ea tantùm quæ à lege. Quis ergo alius teneri poſſet oneribus hereditariis quàm heres? aut cum quo iniri certamen vter creditoribus hereditariis teneretur? Nec rurſus exiſtimandum eſt ideò teneri heredem ad onera vniuerſa hereditatis, quòd fructus & emolumentum hereditatis ad eum tranſeat ex lege 12. tabul. ſed quia eadem ipſa lege ſic conſtitutum eſt vt iura omnia hereditaria & actiua & paſſiua tranſeant in heredem *l. 1. C. ſi cert. petat. l. vlt. C. de hered. action. l. 1. & 2. C. ſi vnus ex plurib. hered. debit.* Alioqui dicendum eſſet Diuiſa per præceptiones inæqualis æſtimationis hereditate inter ſcriptos heredes non pro modo portionum hereditariarum, ſed pro emolumentis præceptionum diuidi æs alienum inter

ter coheredes oportere, quod nō ita eſt *d. leg. 1. C. ſi cert. petat. leg ex facto* 35. §. 1. *D. de hered. inſtit.* Itémque ſi legatis exhauſta ſit hereditas ita vt ſolutis iis nihil remanſurum ſit penes heredem, nullum quoque onus hereditarium debere apud eum remanere, ſed transferri onera omnia in legatarios contra *d. l. vlt. C. de hered act.* In ſumma nec fuiſſet neceſſarium SC. Trebellianum ad trāsferēda onera in fideicommiſſarium. Potuiſſet enim heredi ſufficere, ad onera omnia exuenda vt totam hereditatem fideicommiſſario reſtituiſſet. Sed quod addit Cuiacius, non tantùm in directis hereditatibus de quibus locuta eſt lex duodecim tabularum, ſed etiam in iis quę ceduntur in iure, ita ius comparatum eſſe vt onera ſubeant ii in quos ius tructúſque transfertur, multò euidentiùs falſum eſt. Nam is qui hereditatem in iure ceſſit, ſicut heres permanet, ita & omnibus hereditariis creditoribus ſolus obſtrictus manet, ac proinde remanent penes eum onera, licèt commoda ei pereant etiam quæ in ceſſionarium tranſire non poſſunt quandoquidem debita pereunt ſi nō exacta ſint ante factam in iure ceſſionem & liberantur debitores, quemadmodum ex eiuſdem Cuiacij non minùs quàm ex Vlpiani ſententia ſuprà docuimus. Et hæc alia quoque differentia eſt inter ceſſam & reſtitutam hereditatem, quòd in ceſſionarium non tranſeunt onera hereditaria, quæ poſt Senatuſconſultum Trebellianum tranſeunt in fideicommiſſarium. Item illa quòd per ceſſionem in iure factam pereunt debita quæ non pereunt per reſtitutionem. Hæc omnia ideò quia circa reſtitutionem hereditatis fideicommiſſariæ ita ſpecialiter prouiſum eſt per SC. Trebellianum, circa verò ceſſionem hereditatis non ſimiliter. Sed hoc ipſum cur ita? Nimirum quia ceſſio fit ex mera voluntate cedentis, reſtitutio verò fideicommiſſi ex neceſſitate, & vt voluntati teſtatoris ſatisfiat, cui aliter ſatisfieri non poſſet, ac quam tamen impleri nō tantùm fideicommiſſarij intereſt, ſed etiam reipublicæ: quod nemo ſimiliter dixerit de ceſſione in iure, quæ non lex eſt vt teſtamentum defuncti, ſed contractus inter priuatos, qui proinde neque fauore neque authoritate legis cenſeri pōt eſt. *l. vlt. D de ſuis & legit.* Ex his porrò apparet quàm frigida & ieiuna ſit noſtrorum diſputatio ad *l. ex aſſe* 28. *D. ad SC. Trebell.* vbi quærunt ſi primus fideicommiſſarius eandem hereditatem alteri reſtituere rogatus ſit, cur nullæ actiones in perſona prioris fideicommiſſarij remaneant, neque directæ, quia nunquam eas habuit, neque vtiles, quia eas tranſtulit in ſecundum: cùm tamen in perſona heredis rogati remaneant directè etiam poſt reſtitutionem. Accurſius enim dixit, ideò plus iuris habere rogatum heredem quàm priorem fideicommiſſarium, quòd heres ius habeat à lege 12. tab. fideicommiſſarius verò non niſi à Senatuſconſulto Trebelliano, à quo etiā ſecundus fideicommiſſarius ius habet. Quaſi minoris poteſtatis ſit SC. Trebellianum quàm lex 12. tab. Caſtrenſis autem & poſt eum alij reprehendunt, quòd non minoris poteſtatis ſint Senatuſconſulta quàm leges 12. tab. cùm perinde faciant partem iuris ciuilis: Ideóque nec dubitant quin facere potuerit Senatus ſi voluiſſet vt fideicommiſſarius & eſſet heres & actiones directas haberet. Ratio ſanè Accurſij eſt mala, ſed Caſtrenſis & aliorum reprehenſio peſſima: etſi enim par fuit penè authoritas Senatuſconſultorum & legum qui Senatuſconſulta legibus ſimiles conſtitutiones appellantur §. *quos autem Inſtit. de bonor. poſſ.* in propoſito tamen, id eſt cùm tractatur de hereditate fideicommiſſaria quæ adita iam ſit & reſtituta per heredem, non

potuit Senatus facere, quod feciſſet ſanè ſi potuiſſet, vt vel fideicommiſſarius heres fieret, vel etiamſi heres non eſſet, directas tamen actiones haberet. Repugnabant enim directò iuris regulæ quæ nec patiebantur vt qui per aditionem heres factus eſſet, per reſtitutionem heres eſſe deſineret, neque vt vni homini duo in ſolidum heredes eſſent, idque non defectu poteſtatis in Senatu, ſed propter repugnantiam & contradictionem quæ ineſt ex parte rei. Quomodo ſolemus dicere, non quod vel minùs incautè vel valde impiè plerique Deum Opt. Max. non poſſe facere illa quæ implicant contradictionem, ſed, vt loquendum eſt, iſta quæ contradictionem implicant, fieri nullo modo poſſe. Quare nec duodecim tabularum lege hoc fieri potuiſſet, etiamſi de fideicommiſſis locuta illa fuiſſet non magis quàm lege Ælia Sentia *in l. ei qui ſoluendo* 88. *de hered. inſtit.* Fecit autem in herede quia in eo nihil erat quod voluntati, & poteſtati legis repugnaret. Nec illud quoque dici poteſt, quod tamen ab Accurſio primùm traditum cæteri omnes probant, ideò nullas actiones remanere penès fideicommiſſarium priorem quòd ex vtilibus quas ſolas habuit non poſſint produci aliæ vtiles, quomodo ex directis vtiles producuntur. Falſum enim eſt vtiles quæ ex Senatuſconſulto tranſeunt ab herede in fideicommiſſarium naſci ex directis: Cùm naſcantur ex ipſa reſtitutione, iuncta Senatuſconſulti authoritate, quaſi ab ipſo herede tranſlatæ: Tametſi non habuerit eas heres ſed directas: Exemplo ſcilicet eius, quod aliis nonnullis caſibus euenit vt etiam id quod noſtrum non eſt ad alium transferamus, vt cùm is qui fundum habet cedit alteri vſumfructum *l. quod noſtrum* 63. *de vſufr.* Dicendum igitur eſt remanere directas penès heredem, quia non poſſunt ab eius perſona ſeparari cui ſemel adhæſerunt, non autem remanere penes fideicommiſſarium vtiles quas ſolas habuit, quia nihil prohibet quominùs in ſecundum fideicommiſſarium transferantur, cùm fieri nequeat vt plures vtiles in pluribus perſonis eſſe poſſint, non magis quàm vt plures directæ. Neceſſe ſiquidem eſſet inutiles effici in vnius perſona ſi in alterius perſona eſſent vtiles, ſicut & directę conſtitutis in alterius perſona per ſeparationem vtilibus quaſi diſcreta æquitate à ſummo iure fiunt inefficaces *l. procuratore* 55. *D. de procurat. l. ſi cum emptore* 16. *D. de pact. d. l. ita tamen* 27. *§. qui ex Trebelliano D. ad SC. Trebell.*

ANT.

ANTONII FABRI I.C. SEBVSIANI SENATORIS SABAVDIENSIS, ET IN GEBENNENSIS DVCATVS AVDITORIO PRAESIDIS,

DE ERROR. PRAGMAT. ET INTERPR. IVR. DECAS LXXI.

ERROR PRIMVS.

De clausula codicillari appositа in posteriore testamento inutili.

QVAMVIS inter vulgares clausulas quas in conscribendis testamẽtis adhibere notarij solent, nulla sit frequẽtior, quàm quæ codicillaris dicitur, per quam iubet testator vt si testamentum nõ valeat iure testamenti, valeat iure codicillorum. Nondũ tamen inter pragmaticos nostros bene constat quænam huius clausulæ vis & potestas esse debeat, aliis eam aliter & concipientibus, & interpretantibus. Vulgus pragmaticorum, existimat tantam eius esse vim, vt per eam testamentum sustineatur, quod nos iam alibi non semel refutauimus, quia tantum abest vt sustineri testamentum possit per huiusmodi clausulam, vt nec aliter effectum habere illa possit, quàm si testamẽtum non valeat, quippe quæ sub hac nominatim condicione concipiatur: Neque hoc ipsi etiam pragmatici ignorant, sed pro suo more, ne dicam iure, faciunt vt illa etiam quæ rectè sentiant, malè ac imperitè vt plurimùm exprimant, ignoratione scilicet propriæ significationis verborum. Hoc enim potiùs volunt dicere, quod certè verum est, nec nos negamus, Voluntatem testatoris in eo testamento declaratam quod ex aliqua causa sit inutile, conseruari per clausulam codicillarem vt defendatur non quasi testamentum, sed iure codicillorum. Longè verò aliud est testamentum sustineri, Aliud, sustineri voluntatem quæ testamento continetur. Omne testamentum voluntas testatoris est, sed non è conuerso voluntas quælibet testantis dici potest testamentum. Facit ergo clausula hæc quotiescunque vtiliter adhibetur nec quicquam impedit quominùs effectum suum habeat, vt testamentum conuertatur in codicillos & institutio directa quæ testamento continebatur, ad fideicommissum flecti debeat: In eóque interpretes omnes consentiunt. Sed hoc ipsum quomodò accipiendum sit, nondum apud omnes liquet. Sunt enim qui putent nullam huius clausulæ vim esse posse, nisi ab intestato, Ha-

Digitized by Google

ctenus nimirum vt legitimi heredes ad quos legitima hereditas peruentura est, rogati censeantur de restituenda iis hereditate qui in eo inutili testamẽto scripti reperiuntur, Idq; non solùm si aliud testamentum ritè ac sollenniter factum nullum præcesserit, qui casus nullam penitus admittit hæsitationem: Sed etiamsi testamentum aliud præcessisse probetur, ex quo adiri possit hereditas, & quod per inutile posterius reuocare testator voluerit, nec tamẽ potuerit. An vt hoc casu æquè restitui debeat hereditas iis qui posteriore testamento inutiliter scripti sunt, tanquam grauatis successoribus intestati? Minimè. Nam cùm prius testamentum quod nos valere ponimus, impediat omnino ne vllus legitimæ successioni locus fieri possit, Nec illud sanè fieri potest vt fideicommissum vllum ab intestato debeatur: Sed vt neque testamentarij heredes priore testamento ritè instituti obstringantur fideicommisso: Quomodo vtique obstringerentur erga scriptos in posteriore testamento si per clausulam codicillarẽ in eo appositam rogatus intelligeretur quisquis testatori successurus esset non minùs qui ex priore testamento vtiliter condito, quàm qui ab intestato. Cúmque duplex codicillorum differentia sit, vt alij valeant ex testamento, alij verò non nisi ab intestato, sententia istorum est quam & nos secuti videmur *in Error.* 9. *Decad.* 39. per clausulam codicillarem nunquam induci codicillos testamentarios, sed eos qui ab intestato tãtùm valere possint. Pro cuius sententiæ confirmatione adferunt omnes penè iuris locos in quibus mentio aliqua eius clausulæ siue à prudentibus nostris, siue ab Imperatoribus facta est, in quibus videas nõ alium clausulæ efficẽtiam dari, quàm vt qui ab intestato successuri sunt rogati videantur de voluntate defuncti per fideicommissum conseruanda. Vt in *l. ex ea scriptura* 29. *§.* 1. *D. qui test. fac. poss. l. Lucius* 88. *alibi l. codicillis §. vlt. De legat.* 2. *l. coheredi* 41. *§. cùm filia D. de vulg & pupill. substit. l. generaliter* 24. *§. ex testamento D. de fideic. libert. l.* 1. *C. eod. l. vlt. C. de codicil.* Ratio autem, qua potissimùm nituntur, nec insubtilis, vt prima facie videtur, illa est, quòd quisquis priore testamento iam ritè condito aliud facit, ea proculdubio est voluntate, vt prius reuocatũ velit, non solùm si disertis verbis id expresserit, quomodo exprimere notarij passim solent, sed etiamsi nihil de eo cauerit quippe qui sciat aut scire debeat, non posse quemquam in paganis decedere cum duobus testamentis, nec si maximè velit, solorúmque militum priuilegium illud esse *l. quæ edebatur* 19. *l. miles si testamentum* 35. *D. de testam. milit.* Ergo, inquiunt, fieri nón potest vt codicillos quos per adscriptam clausulam codicillarem facit, ad prius illud testamentum referat, vtq; cogitet de confirmandis iis ex illo testamento quod reuocatum & nullius momenti esse velit. Quomodo enim posset codicillorum fieri confirmatio ex testamento reuocato? Nec ad rem facit, quod cùm posterius testamentum imperfectum, & inualidum est, non eo minùs valeat prius quòd testator id se valere nolle dixerit, cùm testamẽtum perfectum non rumpatur per imperfectum nisi in milite *d. l. miles*, aut cùm in posteriore instituti sunt ij qui ab intestato venire possunt *l.* 2. *D. de iniust. rupt.* Nam cùm quærimus de interpretatione clausulæ codicillaris aut alterius cuiuslibet in testamento appositæ, constat non tam rationem iuris quàm testatoris voluntatem & opinionem inspiciendam esse, Ne alioqui plus operetur clausula, quàm voluerit is qui eam adscripsit, quod perabsurdum foret. Eadem igitur facienda est interpretatio clausulæ codicillaris adhibitæ in posteriore testamento, per quod testator voluerit reuocatum esse prius, acsi

reuocatio

Digitized by Google

reuocatio valeret, tametsi re vera nō valeat. Et consequenter non magis hoc casu fieri potest vt volūtas posteriore testamento declarata defendatur iure codicillorum testamentariorum, quàm si nullum testamentum præcessisset. Verùm huic sententiæ illud planè obstat, quod Pomponius noster scribit *in l. si iure* 18. *De legat.* 3. Testatorem qui duo testamenta fecit in ea videri fuisse voluntate vt nō aliter à priore recedi vellet, quàm si posterius valiturum esset. Non quòd hanc condicionem posteriori suo testamento iniicere quisquā possit, (nec enim sicut heredis institutio, ita & actus ipse testamenti sub condicione vlla fieri potest „ vt neque leges sub condicione rogantur) Sed quia is qui posterius testamentum facit, tantò magis declarat nolle se intestatum decedere, præsertim si in posteriore illo alios heredes instituat, quàm qui ab intestato successuri essent, solúmque hoc significat malle se decedere cum alio, quàm cum priore testamento. Quemadmodum & Paulus tractat *in l. Clodius* 97. *De acq. hered.* de eo qui vtroque testamento institutus heres sed priore valido, posteriore inualido hereditatē adijt ex posteriore quod valere putabat, Non videri eū idcirco repudiare prius testamentū, cùm posterius valere existimaret, Etsi habuit ea quæstio dissentientem à Paulo Papinianum, hæc verò quam tractamus dissentientem à Pomponio neminem. Igitur siue prioris testamenti reuocatio per posterius expressim facta sit, siue per solam iuris interpretationem ex eo petitam quod cum duobus testamentis non magis velle quām posse decedere quis credēdus sit, Voluntas testatoris non repugnat, quominùs clausula codicillaris in posteriore testamento inutili apposita, inducat codicillos testamentarios, qui ex priore testamento, quod testator reuocatū iri putabat, vires & confirmationē accipiant. Non tam ex sola iuris potestate quòd testamentum illud prius non fuerit reuocatū per posterius, quàm ex tacita & verisimili testatoris ipsius voluntate, quòd nec aliter reuocatum prius voluerit quàm si posterius valeret: Vt proinde fatendum sit non ad alias personas directos videri codicillos, quàm ad heredes priore testamento institutos, quia nec aliæ personæ vel succedere vel rogari potuerunt, siquidē non alia de causa permissū est fideicōmissa dare à succedētibus ab intestato, quàm quòd credatur pater familias sponte sua ijs relinquere legitimam hereditatem vt scriptū est *in l. cōficiuntur* 8. D. *de iur. codic.* acsi heredes eos scripsisset *l. ab exhered.* 12 6 *de legat. 1.* cui præsūptioni locus nullus est in eo testatore qui testamentū fecerit, in eóque extraneū heredē instituerit, vt legitimos successores arceret. Et verò tā facile esse vt per codicillarē clausulā inducantur codicilli testamētarij, quàm vt ij qui ab intestato tantùm valere possint, Apparet satis, si interpretibus nostris credimus, ex *d. l. quærebatur* 19. *D. de testam. milit.* in cuius specie cùm miles qui habebat iam factū testamētū aliud fecisset, ac in eo cōprehendisset fidei heredis se cōmittere vt priores tabulæ valerent, nō dubitat Vlpianus, quin per eā clausulā testator in causā fideicōmissi & codicillorū vim prioris testamenti conuerterit, Codicillorum, inquam, testamentariorum, quasi rogatis heredibus posteriore testamento institutis, vt iis qui in prioribus tabulis scripti fuerant, hereditatem restituerent: Non tanquam conuerso posteriore testamento in codicillos, sed tanquam addito in posterioribus tabulis fideicōmisso in eorū gratiā, qui in prioribus scripti fuissent. Nec est quod quis dicat id fieri ex priuilegio aliquo militari, cùm de militis testamento ibi tractet Vlpianus. Priuilegium námque militis in ea specie

illud tantùm erat, vt dici posset miles cum duobus testamentis decessisse: si posterioribus tabulis iussisset, vt priores ipso iure valerent: quod vtique pro suo iure facere poterat si voluisset. At quia non ita constituerat vt ipso iure valerent, sed ab heredibus posteriore testamento scriptis hoc ipsum per fideicommissum petierat, nullo in eam rem priuilegio militari opus fuit vt in posterioribus tabulis scripti heredes obstringerentur fideicommisso erga eos, quos idem testator in prioribus scripserat sufficiente nimirum in eam rem iure communi, etiamsi de pagani testamento ageretur, Vt constat ex *l. si quis priore 29. D. ad SC. Trebel.* vbi non de milite agitur sed de pagano, qui duobus testamentis ritè conditis petierat in posteriore, vt prius valeret, Nec eo minùs tamen restituenda est ex fideicommisso hereditas scriptis heredibus in priore testamento, per eos, qui ex posteriore adiissent. Est tamen hic casus differẽs ab illo quẽ tractamus, in eo quod tam *in d. l. quærebatur*, quàm *in d. l. si quis priore*, non adhibuerat testator clausulam codicillarem vt voluntatem in posteriore testamento declaratam confirmaret iure codicillorum, quomodo ponendum est adhibitam fuisse in specie quæstionis nostræ, Sed vt institutionem, cæteraq; in priore testamento contenta iure fideicommissi conseruaret, ad obligandos posteriore loco scriptos heredes de restituenda hereditate prioribus, Cùm nos eũ casum tractemus in quo ex cõtrario quæratur, An priore testamẽto ritè facto scripti heredes, aliis in posteriore inutiliter scriptis hereditatẽ restituere teneantur. Quod vt dici possit, necessariò ponendũ est testatorem fidei commisisse heredum in prioribus tabulis scriptorum vt posteriores tabulæ valerent. Id enim necesse est operari clausulã codicillarem in posteriore testamento inualido appositam, si quis effectum eo casu aliquem ei tribuere velit.

ERROR SECVNDVS.

De clausula codicillari quam interpretes comminiscuntur in specie l. quærebatur 19. D. de testam milit.

MIHI tamen videntur in eo errare omnes interpretes quòd in specie *d. l. quærebatur*, supponunt adhibitam fuisse à testatore clausulam codicillarem, ob hoc solum quod in secũdo testamento fideicommiserat ille vt priores tabulæ valerent. Etsi enim codicillaris clausulæ effectus is esse solet, vt institutio cæteraq; omnia data verbis directis trahantur ad fideicommissum. Non ideò tamen consequens est, vt quoties testator fideicõmittit in posterioribus tabulis vt priores valeant, hoc ipso clausulam codicillarem adscripsisse intelligatur: Siquidem latiùs patet clausula fideicommissi quàm codicillaris, Nec ita conuertuntur vt quemadmodum clausula codicillaris solet æquipollere fideicommisso, *dict. l. vlum. C. de codicill.* ita fideicommissum quodlibet æquipolleat clausulæ codicillari. Proprium enim huius clausulæ est, vt ad fideicommissum flectat ea tantùm quæ in eo ipso testamento in quo adhibita est, data fuerunt verbis directis, Non etiam illa quæ in alio siue anteriore, siue posteriore testamento: Cùm habeat semper conditionem illam siue expressam, siue tacitam, si non valeat testamentum illud in quo

in quo appoſita fuit. Atqui in ſpecie *d. l. quærebatur*, ponit Vlpianus, clauſulã per quam fideicommiſſum erat vt priores tabulæ valerent adhibitam eſſe in poſterioribus tabulis non in prioribus, & quidem in poſterioribus quæ ipſo iure valerent: Neque tantùm poſteriores illę valebant, ſed etiam priores adeóque ipſo iure, tametſi non niſi per fideicommiſſum valere illas teſtator præcepiſſet. Quænam ergo neceſſitas ſuberat, aut quæ vtilitas eſſe poterat adſcribendæ clauſulæ codicillaris, ſiue in priore, ſiue in poſteriore teſtamento cùm vtrumque valere conſtaret? Quare nec ſic Vlpianus loquitur, vt dicat ex eiuſmodi clauſula in poſterioribus tabulis adſcripta conuerti poſteriores tabulas in codicillos, ſed è contrario videri teſtatorem in cauſam fideicommiſſi, & codicillorum vim prioris teſtamenti cõuertiſſe: quod ipſum nihil aliud eſt, quàm ea omnia quæ in prioribus tabulis diſpoſita fuerant quamuis verbis directis, & ita vt iure directo valere poſſent, perinde tamen habenda eſſe, acſi in codicillis poſteriore teſtamento expreſſim confirmatis ac iure tantùm fideicommiſſi data fuiſſent. Itaque duplex in eo & vtrumque ſingulare ius eſt voluntatis in priore teſtamento declaratæ. Vnum, vt teſtamentum illud quod iure teſtamenti valere poterat, non ſolùm ſi teſtator ita expreſſè cauiſſet, ſed etiam ſi modò nihil in contrarium præcepiſſet, iure duntaxat codicillorum cenſeatur. Alterum, vt quamuis non aliorum codicillorum iure cenſeri poſſet quàm teſtamentariorum (cùm prioreteſtamento ſublato poſterius ſupereſſet, ex quo vires ſumerent codicilli tanquam expreſſim confirmati, Vt proinde de inteſtati ſucceſſione quæri nullomodo poſſet, nec conſequenter de codicillis ab inteſtato factis.) Quæ tamen in priore teſtamento verbis directis ritè data fuerant, non niſi iure fideicommiſſi defendantur. Et hoc ſanè mirabilius eſt, cùm nemo dubitet, quin & legata & cætera omnia quæ iure tantùm directo valere poſſunt, dentur vtiliter in codicillis teſtamentariis perinde atque in teſtamento, Ex ſingulari iure codicillorum teſtamentariorum, quod tale eſt, vt quæcumque in iis ſcribuntur, perinde habeantur acſi in teſtamento ſcripta eſſent *l. 2. §. codicillorum D. de iur. codicill.* Sed vtrumque ſit ex voluntate teſtatoris, qui cùm poſſet priores tabulas per ſe validas inconcuſſas relinquere, maluit cum ſolis poſterioribus decedere, prioréſque conuertere non tantùm in cauſam codicillorum teſtamentariorum, quæ res nihil de natura eorum quæ verbis directis vtiliter data fuerant, immutaſſet, ſed etiam in cauſam fideicommiſſi, Præcipiendo vt ex fideicommiſſo valerent, non per adiectam clauſulam codicillarem, vt malè vulgò putant interpretes, ſed per clauſulam iliam fideicommiſſi, cuius longe maior poteſtas eſt quàm clauſulæ codicillaris: Non in eo ſolùm quòd codicillaris clauſula non aliud teſtamentum conuertere in codicillos poteſt quàm illud ipſum in quo fuit adhibita, quemadmodum iam diximus, ſed in illo etiam quod clauſula codicillaris tum quoque cùm operatur, conuertit quidem teſtamentum in codicillos, aut teſtamentarios, aut quaſi ab inteſtato factos. At non ideò conuertit legata in fideicommiſſa omni caſu, ſed eo ſolo quo conuertat teſtamentum in codicillos ab inteſtato, non etiam ſi in codicillos teſtamẽtarios. Clauſula verò fideicommiſſi in ſpecie *d. l. quærebatur*, licèt appoſita in poſteriore teſtamẽto, conuertit prius teſtamẽtum, non ſolùm in codicillos, ſed etiã in cauſam fideicõmiſſi, teſtamẽtarij tamẽ, & nõ quaſi ab inteſtato relicti: nec tãtũ q̃ ad legata, verũ etiã q̃ ad ipſã inſtitutionem. De qua vt dubitari

magis,quàm de legatis posset,illud faciebat,quòd difficilius videretur in fideicommissum flecti institutionem,quàm legata.Etiam conuerso priore testamento per fideicommissi clausulam in vim codicillorum,cùm non quēadmodum legata,ita & hereditas directò dari possit in codicillis etiam testamento confirmatis *l.quod per manus.*10.*D.de iur.codicill.* Nec quicquam causæ subesse videretur,cur non directæ potiùs institutionis iure defendi ea deberet,quæ facta fuerat in testamento iure valido ac subsistente. Atque ita sanè respondendum fuisset si posterioribus tabulis testator hoc tantùm præcepisset vt priores valerent iure codicillorum. Sed quia fideicommiserat generaliter & indistinctè vt valerent priores, nulla codicillorum mentione facta,Benè Vlpianus respondit non legata solùm,& fideicommissa & libertates,sed totum testamentum in causam fideicommissi conuersum fuisse,id est ipsam quoque institutionē,nisi aliud testatorē sensisse (sic enim legere malo quàm *scripsisse*) probetur,Vt tantò magis appareat quàm verum sit quod nos volumus,latiùs patêre causam fideicommissi quàm codicillorum,etiam testamentariorum. Totáque dubitandi ratio ex eo proficiscebatur quod Vlpianus in interpretanda testatoris voluntate causam fideicommissi & codicillorum coniunxerat iis verbis *in causam fideicommissi & codicillorum vim prioris testamenti conuertisse*, cùm tamen testatoris verba nihil de codicillis exprimerent sed tantùm de fideicommisso.In eóque obseruanda rursum alia perelegans differentia est inter codicillos, qui ex testamento,& eos,qui ab intestato facti sint:Quòd institutio in testamento inutili facta subinde per codicillos ab intestato scriptos facilè flectitur ad fideicómmissum,quasi rogatis legitimis heredibus vt hereditatem scripto heredi restituant *d.l.vlt.C.de codicill.l.2.§.vlt.D.eo.*Nimirum ita ferente ac cogente natura codicillorum ab intestato,quorum ea ratio est vt nihil in iis directò relinqui possit,sed tantùm per fideicommissum.At quæ institutio facta est in codicillis testamentariis numquam trahitur ad fideicommissum, sed omnino inutilis est *d.l.quod per manus*,Nisi voluntas expressa testatoris in contrarium vrgeat,vt in specie *d.l.quærebatur.* Non solùm quòd non ita ferat condicio codicillorum testamentariorum,qui vtique possunt valere iure directo,tanquam qui partem constituant testamenti *l.pen.D.testam.quemadmodum aper.*& ipsius ius sequantur *l.ab intestato 16.in fin.D.de iur. codicill.* quoniam ad testamentum pertinent *l.Plotiana* 18.*eod.*Sed etiam quia implicat contradictionem vt in codicillis testamento confirmatis hereditas detur verbis directis & per institutionem , siquidem ita fieret vt per codicillos qui non nisi ex testamento valerent,ipsum testamentum quod vires per institutionem heredum accipit confirmari videretur,vt eleganter Papinianus noster ratiocinatur *in d.l.quod per manus.* Itaque dignior est talis voluntas quæ negligatur,quàm vt benigna interpretatione adiuuetur conuersa voluntate directa in precariam & institutione in fideicommissum:Quæ ratio non perinde locum habet in codicillis ab intestato,qui ex nullo testamento pendent sed ipsi vicē testamenti obtinent *d.l.ab intestato in fin.*Maximè verò hoc obtinet quod dicimus de non flectenda in fideicommissum ea institutione, quæ facta sit in codicillis testamentariis,cùm proponitur facta institutio in priore militis testamento,quod miles declarauerit in tabulis posterioribus velle se valere iure codicillorū,vt in specie *dict.l.quærebatur.* Nō solū quòd testanti militi possit imputari,cur institutionem ritè factam & in testaméto valido

valido quod iure militari valere potuit, etiam secundo subsistente, maluerit valere iure codicillorum testamentariorum, quod non similiter potest imputari pagano, qui cum duobus testamentis decedere non potuit, Sed etiam quia sciuit aut scire debuit posse fieri directam institutionem, etiam in codicillis à milite, cujus scilicet priuilegium tantum est in condendis codicillis testamentariis, quantum in faciendo testamento. Nam constitutiones quæ permiserunt militibus testamenta facere quomodo velint, & quomodo possint, ad codicillos quoque testamentarios tractæ sunt, vt etiam in iis hereditatem directò dare possent *l. militis* 36. D. *de iur. codic.* Neque enim verendum est vt contradictionem hoc implicet in milite, quomodo diximus implicare in pagano, Cùm voluntas quælibet militis ad testamentum pertinens testamenti iure censeatur *l. eius militis* 34. *in fin. eod.* & ex ea voluntate magis quàm ex testamento aut ex ratione iuris confirmentur militis codicilli testamentarij: Alioqui non posset miles testari quomodo vellet, si heredis institutionem conferre non posset etiam in codicillos, qui partem efficiunt testamenti *l. pen. D. test. quem. aper.* Scilicet scripto aliquo herede in testamento. Aliter enim non posset dici testamentum, ne quidem militis, in quo nemo institutus esset *l. vlt. D. de iur. codic.* Loquimur autem de militaribus codicillis testamentariis (de quibus tamen dicemus plura *in Error. vlt. Decad.* 70.) Quia fauor militum non exigebat, vt pro conscribendis ab intestato codicillis priuilegium aliquod haberet, cùm tam facile sit militi, quinimò longè facilius testari, quàm facere ab intestato codicillos si modò testari velit. Quòd si nolit, recusare non debet quominùs in codicillis aut scribendis aut dictandis vtatur iure communi, quod porrò non patitur vt in iis heres quisquam instituatur: Ergo duplex interpretum nostrorum error est circa interpretationem *d. l. quærebatur*; Vnus ille, quòd clausulam expressi fideicommissi appositam in posterioribus tabulis ad conuertendas priores in causam fideicommissi accipiunt pro clausula codicillari. Alter, quòd per eam clausulam codicillarē quam in posterioribus tabulis adhibitā somniāt, ad conuertendas priores in vim codicillorum, putant fieri posse vt institutio facta in priore testamento quæ hoc ipso perinde habenda sit acsi in codicillis testamentariis facta esset, flectatur ad fideicommissum. Fateor quod lex ait, in ea specie conuerti ipsam quoque institutionem in causam fideicommissi, sed non quasi translatam in codicillos testamentarios, at propter expressam illam dispositionem qua fideicommiserat heredum in posterioribus tabulis institutorum vt priores valerent, Quæ fideicommissi verba si defuissent, aliter respondere Vlpianus debuisset, ac si quid iudicij mei est, haud dubiè respondisset. Interpretes fefellit, quod Vlpianus causam fideicommissi & codicillorum coniungit supradictis illis verbis *in causam fideicommissi & codicillorum vim prioris testamenti conuertisse.* Inde námque putarunt accepta esse ista ab Vlpiano, pro synonimis, atque ita accipi à nobis oportere. Nec animaduertunt sic locutum Vlpianum cùm de legatis & fideicommissis primùm quæreret non etiam de institutione, De qua nominatim posteà quæstionem concipit in versic. *Vtrum autem*, vbi quia de toto testamento loquitur, id est de institutione non minùs quàm de legatis & fideicommissis, vtitur verbis illis generalibus *in eam causam* vt perinde fideicommissi atque codicillorum causam complectatur, Fideicommissi quidem propter institutionem, codicillorum verò propter legata & fideicom-

missa, scilicet vt dici solet, singula singulis referendo, quia in codicillis legata, & fideicommissa relinqui potuerant, institutio autem fieri non item: At cùm præcipue de institutione loquitur, nõ iam meminit codicillorũ, sed tãtùm fideicommissi iis verbis *sed & ipsam institutionem in causam fideicommissi vertisse*. Nec quod in eadem clausula de legatis & fideicommissis tractat, facere debuit vt codicillorum quoque mentionem fieri oportuerit, cùm fideicommissi causa generalior sit ad causam etiam codicillorum comprehendendam, non contrà. Denique nil erat necesse addi ab Vlpiano, verba illa *& codicillorum*, cùm nihil prosit militi convertere prius testamentum in vim codicillorum ad flectendam voluntatem directam in precariam, siquidem etiam institutio directa potest fieri à milite in codicillis, vt diximus ex *d. l. miluis*, vt proinde magis repugnare, quàm coniungi possit illa videantur, Conuerti prius testamẽtum in causam fideicommissi. Le conuerti in causam codicillorum testamentariorum, nisi quòd etiam tales codicillos testamentarios facere miles potest, vt tamen fideicommissa tantùm in iis relinquat: quo casu non tam ideò fideicõmissa debentur, quòd in codicillis relicta sint, quàm codicillorum nomine donatur scriptura ex qua fideicommissa petuntur, ideò quòd desinat posse dici testamentum statim atque desiit hereditas directa in eo data esse. Ex quo apparet tanto clariùs, nihil esse quod de vi & potestate clausulæ codicillaris tractari possit in specie *dict. l. quærebatur*.

ERROR TERTIVS.

De ratione quam interpretes adferunt ad l. si quis priore 29. D. ad SC. Trebell.

Ient apertiora quæ superiore capite disputauimus circa sententiam *l. quærebatur 19. D. de testam. milit.* ex iis quæ nunc subiiciemus circa speciẽ *l. si quis priore 29. D. ad SC. Trebell.* Etsi enim legum species sunt differentes, multáque habent dissimilia, habent tamen etiam simile aliquid propter quod vnius interpretatio per alterius explicationem facilior fieri possit. Dissimilitudo in eo est, quod Vlpianus *in d. l. quærebatur*, tractat de testamento militis, Marcianus verò *in d. l. si quis priore, de testamento pagani*. Ille de testatore qui in posterioribus tabulis heredem ex asse scripserit, & in tota hereditate, hic verò de illo, qui non nisi certarũ rerũ heredẽ instituerit in secundo testamẽto. Ille de priore testamẽto in quo legata & fideicommissa quædam adscripta sint, hic de casu illo, in quo de sola institutione prioribus tabulis facta disputetur. Cæterùm vtriusque legis species in eo conuenit, quòd tam Vlpianus, quàm Marcianus ponit testatorem in posteriore testamento expressim fideicommisisse, vt prius testamentum valeret, ideoque tam hic quàm illic cõcluditur, propter inserta fideicommissi verba, quibus vt prius testamentum valeret, expressum erat, dubitari non oportere quin teneatur heres scriptus in posteriore testamento vt hereditatem restituat iis qui in priore fuerant instituti. Sed aliter in ea specie quam Vlpianus tractat, Aliter verò in ea de qua rescripserunt Imperatores quorum constitutionem Marcianus refert *in d. l. si quis priore*. Nam apud Vlpianum tota hereditas sine vlla diminutione falcidiæ restituenda est heredibus priore testamento scriptis: At apud Marcianum potest heres in secundo testamento institutus idémque de restituenda hereditate rogatus

certas

certas illas res ex quibus scriptus fuerat, retinere, pro quarta quam ex fideicommisso vniuersali saluam penes eum remanere Senatus voluit: Aut si res illæ ad quartam non sufficiant supplere ex reliqua hereditate quantum necesse erit, vt *in l. filius quem habentem 24. C famil. ercisc.* Nempe, quia in testamento militis de quo Vlpianus loquitur, nullus falcidiæ locus est *l. in testamento 7. C. ad leg. falcid.* sed tantùm in testamento pagani. Nec difficilis obseruatio ista est, Vt neque illo, quod si miles aliquis duo testamenta sic fecisset vt in priore scripsisset heredem Titium ex asse, in posteriore verò Sempronium ex fundo Liboniano, non censeretur reuocatum prius testamentũ per posterius, quomodo reuocatũ intelligitur in specie *d. l. si quis in priore*, quia cùm possit miles plura testamenta facere, nihil prohiberet sic vtrumque testamentũ subsistere, vt Sempronius ex fundo tantùm Liboniano heres esset, Titius verò ex reliquo: Quasi prioribus tabulis abstulisse tantùm videretur, quantum in posteriores contulisset, vt Paulus loquitur *in l. militis codicillis 36. §. 1. D. de testam. milit.* De quo iam aliquid scripsimus *in Error. 7. Decad. 15.* Sed nemo differentiam illam obseruat quæ meo iudicio notatu dignissima est, quod in specie rescripti à Marciano relati non potest dici vim prioris testamenti conuersam esse in causam codicillorum, quomodo conuersam dicit Vlpianus in casu *d. l. quærebatur*: Idq; duplici ratione. Prima illa est, quod in specie rescripti testamenti prius sublatum erat ipso iure per posterius, vt initio legis Marcianus præfatur. Proinde non nisi ridiculè possis dicere, vim prioris testamenti quæ ampliùs nulla sit, conuerti in causam codicillorum, Nec si testator millies id fieri velit. At apud Vlpianum valebat vtrumque testamentum ipso iure nec sublatum erat prius per posterius, cùm testator miles proponeretur, qui cum duobus testamentis decedere potuisset, si voluisset. Itaque alterutrum necesse erat, vt vel vtrumque testamentum valeret iure testamenti, vel prius quod vt valeret, testator fideicommiserat in causam fideicommissi & codicillorum conuerteretur, soláque dubitatio illa supererat, vtrum potiùs dicendum esset. Placétque Vlpiano postremum hoc magis dicendum esse propter verba fideicommissi tabulis posterioribus inserta. Ratio altera est, ob quam non poterat apud Marcianum conuerti prius testamentum in vim codicillorum, quoniam factum erat testamentum à pagano, qui non nisi inutiliter heredem in codicillis instituere potuisset, vt superiore capite diximus ex *l. quod per manus 10. D. de iur. codicill.* Non enim alij possent esse isti codicilli, quàm testamentarij, in quibus tamen certum est factam à pagano directam institutionem adeò nullius esse momenti, vt neque ad fideicommissi causam vnquam flectatur, solumq; militarium codicillorum priuilegium illud esse, vt hereditas directò in iis dari possit *d. l. militis codicillis in princip.* Cui consequens est, vt in specie *d. l. si quis, priore*, nulla videri possit adiecta clausula codicillaris quæ vel priores vel posteriores tabulas transferat in codicillos, Et tamen non aliud eo loco rescriptum est ab Imperatoribus, quàm quod ab Vlpiano responsum *in dict. l. quærebatur*, Videri rogatum heredem in posteriore testamento scriptum, vt ei qui in priore institutus fuerat hereditatem restitueret, Idq; non quia in pagano cùm duplex testamentum esse nequeat, verba directa necessariò trahenda sint ad causam fideicommissi, vt vulgò malè creditur, & post alios tradit etiam Viglius *ad §. sed etsi quis Inst. quib. mod. testam. infirm. num. 2. in fin.* Sed vt lex ait, propter illa fideicommissi verba quæ in vtraque specie addita

proponebantur, quibus expressum erat vt prius testamentum valeret. Æquè igitur fatendum est, quod superiore capite contra interpretes disputauimus, Nec apud Vlpianum posse fingi adhibitam à testatore clausulam codicillarem ad flectendam institutionem directam in voluntatem precariam. Etsi in specie Vlpiani hoc amplius est, quod poterat miles pro suo iure si voluisset, ita testari vt priores tabulæ in codicillos testamentarios conuerterentur, quod paganus in casu Marciani velle non potuisset, At non idcirco vllus interpretationi fideicommissi locus factus fuisset, quia valuissent militares illi codicilli testamentarij iure directo etiam quantum ad institutionem, Nisi testator fideicommissi verba adiecisset, quæ si trahere testamentum ipsum poterant ad causam fideicommissi, quantò magis etiam codicillos, quamuis testamentarios? Quòd si in ea specie quam Marcianus tractat, aliqua legata in prioribus tabulis testator reliquisset, deinde posterioribus cauisset vt priores in causam codicillorum testamentariorum conuerterentur, Iusta esset ea voluntas, facerétque vt legata illa in priore testamento data etiam quod per posterius sublatum ipso iure fuisset, tamen deberentur iure directo, tanquam in codicillis testamẽtariis relicta, in quibus nemo dubitat quin etiam legata perinde ac in testamento & verbis directis dari possint, Si non hoc quoque concurreret, vt conuertendo prius testamentum in codicillos adderet verba fideicommissi ad obligandum heredem in posterioribus tabulis institutum vt omnia in prioribus data prestaret iure fideicommissi, Tunc enim & valeret prius testamentum iure codicillorum ex testamento, & nihilominùs legata non nisi tanquam fideicommissa deberentur, quemadmodum *& in d.l. quærebatur*. Sed nullum huic quæstioni locum Marcianus relinquit, qui non ponit quicquam legatum fuisse in priore testamento, sed tantùm heredem institutum. Et tamen quærunt nostri post Accursium & Bartolum *ad d.l. si quis priore. de legatis.* priore testamento relictis, non quo iure debeantur, legatine an fideicommissi, sed an ex testamento primo, an ex secundo. Ad quam quæstionem respondent, nec malè, petenda esse ex secundo. Quomodo enim possent peti ex primo, quod per secundum sit ipso iure sublatum? Sed mouentur illi mala ratione, etiam vt bene sentiant. Aiunt enim hoc fieri ex eo quòd prius testamentum non sit sui natura confirmabile per secundum, quia nemo possit decedere cum duobus testamentis. Indeq; statim generalem vt solent, propositionem inferunt, Si confirmatum non possit confirmari, agendum esse ex confirmante, non ex confirmato. Addúntque exemplum de sententia primi Iudicis quæ per Iudicem appellationum confirmata sit: Vt nimirum ex sententia confirmante agi oporteat non ex confirmata, propterea quòd de eâdem re duæ sententiæ definitiuæ ferri non possint *l. 1. C. quand. prouoc. non est necess.* Nam si ratio hæc quam adferunt, vera esset, vtique non haberet locum in specie *d. l. quærebatur*, in qua de testamento agitur militis, quem ea ipsa lex ait posse decedere cum duobus testamentis: Quo admisso poterat prius testamentum cõfirmari per posterius adeóque verbis directis & ita vt valeret ipso iure. Nec eo minùs tamen existimandum est legata, quæ in illa specie relicta fuerant prioribus tabulis petenda esse ex posterioribus, quibus fideicommiserat testator vt priores valerent: Non ob id solùm, quòd apud Vlpianum æquè ac apud Marcianum prius testamentum ipso iure sublatum erat per posterius (non quidem ex necessitate iuris, quomodo apud Marcianum, sed quia testator

Digitized by Google

ſtator fideicommittendo vt prius valeret,hoc ipſo declarauerat ſatis, nolle ſe illud valere ipſo iure) Verùm etiam, quia cùm non debeantur niſi ex fideicommiſſo,vt lex ait, fideicommiſſum autem in poſterioribus tabulis relictum ſit per clauſulam generalem, quæ totas priores in fideicommiſſum conuertit, fieri certè nequit vt vel ex alia quàm fideicommiſſi cauſa, vel ex alio quàm ex poſteriore teſtamento petantur.Nam etſi in caſu *d. l. quærebatur.* nulla fideicommiſſi verba teſtator adieciſſet,ſed tantùm in cauſam codicillorum vim prioris teſtamenti conuertiſſet, adhuc tamen ex teſtamento ſecundo non ex primo legata peti oporteret.Cùm teſtamentarij codicilli ex teſtamento pendeant, neque alia quàm ex teſtamẽto actione peti poſſint ea quæ in codicillis teſtamentariis quocunque modo relicta ſunt,id eſt ſiue legata ſint,ſiue fideicommiſſa,ſed legata præcipuè,quæ nec in codicillis teſtamentariis alio iure dari poſſunt,vt neque cætera quæ verbis directis dari neceſſe eſt,quàm quòd in teſtamento ipſo data eſſe videantur *l.2.§.codicillorum. D.de iur. codici l.* Et verò nulla hucuſque ex codicillis actio prodita eſt,ſiue teſtamentarij,ſiue ab inteſtato facti proponantur, ſed quicquid in codicillis relictum eſt, ſiquidem teſtamentarij ſint,ex teſtamento petendum eſt, ſiue legatum ſiue fideicommiſſum illud ſit,Si verò ab inteſtato,quia non niſi tanquam fideicommiſſum deberi poteſt, neceſſe eſt vt petatur eo prorſus modo quo aliud fideicommiſſum quodlibet, etiam quod extra codicillos relictum eſſet,id eſt cognitione prætoria,& implorato Prætoris fideicommiſſarij auxilio ſi ius illud inſpicias in legibus Pandectarum interpretãdis,quod prudentum temporibus obtinebat. Debuerunt igitur interpretes dicere, *in d.l.ſi quis priore.* ſi qua legata in priore teſtamento data fuiſſent, peti ex ſolo poſteriore teſtamento debuiſſe: Non quòd ageretur de teſtamento pagani, qui cum duobus teſtamentis decedere non potuerat.Sed quia & prius teſtamentum ipſo iure ſublatum erat, & in poſterioribus tabulis relictum fideicommiſſum,quod peti oporteret, quamuis in prioribus data fuiſſent legata omnia,quæ nunc ex fideicommiſſo peterentur.Fideicommiſſa enim nõ tam ex perſona eius, cui relinquuntur æſtimanda ſunt, quàm ex perſona rogati cuius fidei teſtator aliquid commiſit, vnde & fideicommiſſa nomen ſumpſerunt. Ideóque quoties quæritur ex qua ſcriptura fideicommiſſum peti debeat, non illa inſpicienda eſt in qua nominatus eſt is qui fideicommiſſum petit,ſed illa potiùs in qua rogatus fuit is qui fideicommiſſum præſtare debet. Ergo cùm tam *in d. l. quærebatur*, quàm *in d.l.ſi quis priore*,teſtator per fideicommiſſi verba cauiſſet in ſecundo teſtamento vt primum valeret, atque ita heredem in ſecundo inſtitutum rogaſſet ac grauaſſet de hereditate reſtituenda ei, qui in primo ſcriptus erat, Conſequens ſanè eſt vt ex teſtamento ſecundo peti debeat fideicommiſſum ſiue hereditatis ſiue legatorum in fideicommiſſa conuerſorum, non ex primo, in quo rogatus nec fuit, nec eſſe potuit is, qui non niſi poſtea in ſecundo fuit inſtitutus. Quamuis prioris teſtamenti voluntas in vtriuſque legis ſpecie fuerit confirmabilis, etiam iure directo, ſed aliter apud Vlpianum *in dict. l. quærebatur*, aliter apud Marcianum *in dict. leg. ſi quis priore.* Nam apud Vlpianum erat confirmabilis etiam iure teſtamenti, ac proinde non minùs ratione inſtitutionis quàm legatorum, Multóque magis iure codicillorum teſtamentariorum etiam ad directam inſtitutionem in ſuo ſtatu retinendam, nedum ad legata iure legatorum conſeruanda. Apud Marcia-

num verò nullo modo erat confirmabilis iure testamenti, sed tantùm iure codicillorũ testamentariorum: Hoc ipsum verò non quantum ad institutionem quæ in pagani codicillis licèt testamẽtariis fieri nullo modo potest, sed quantum ad legata, si qua in priore testamento relicta fuissent, ac longè magis quantũ ad fideicommissa. Nihil tamen horum omnium, aut apud Vlpianum, aut apud Marcianum factum est quia neuter testator prius testamentũ confirmare voluerat iure directo, sed vterq; id egerat, vt conuerteretur illud in causam fideicommissi, sed miles apud Vlpianum ita vt conuerteretur etiã in causam codicillorum, Paganus verò apud Marcianum in causam duntaxat fideicommissi, non etiam codicillorum testamentariorum, in quos scilicet nullo iure institutionem conferre potuisset, quæ sola tamen priore testamẽto continebatur. Cætera quæ pertinent *ad d.l. si quis priore*, explicauimus in *Error. 7. Decad. 15. & lib. 5. Coniect. cap. 19.* præsertim verò postrema illa legis verba, *Et hoc ita intelligendum est si non aliquid specialiter contrarium in secundo testamento fuerit scriptum*, quæ nos monuimus videri à Triboniano addita, Cui adscriberem etiam perlibenter, quod scriptum video *in d.l. quærebatur. vers. vtrum autem in fin. Nisi aliud testatorem scripsisse probetur*, vbi tamen pro *scripsisse* meliùs legi posse *sensisse* iam diximus. Sed illud magis quod initio responsi posteaquàm dixit Vlpianus, Licere militi plura testamenta facere, & siue simul siue separatim fecerit, vtique valere, additum video, *si hoc specialiter expresserit*, Nec enim specialis illa expressio necessaria est faciléq; mihi persuadeo non solùm verba illa esse Triboniani, sed totam clausulam ab illis verbis *sed siue simul*, vsque ad illa, *nec superius per inferius rumpetur*, quæ prioribus iis *Militi licet plura testamenta facere*, longè aptiùs cõiunguntur, quàm aduersatiua illa *sed*. Nec rursus testamenta duo simul fieri possunt, sed si duo sunt, separata illa, & separatim facta esse necesse est. De quo videamus.

ERROR QVARTVS.

De pluribus testamentis à milite factis. Ad d.l. quærebatur & l. militis 36. §. 1. eod.

NON egeret hic tractatus manu nostra, nisi suam Tribonianus manum Vlpiano nostro iniecisset *in d.l. quærebatur. 19. D. de test. milit.* de cuius sentẽtia, & interpretatione diximus in præcedẽtibus. Scripserat Vlpianus, Licere militi plura testamenta facere, nec sanè addiderat quod Tribonianus Vlpiano prudẽtior addendum putauit, siue simul, siue separatim ea fecerit, vtique omnia valere. Quasi possint duo testamenta fieri adeò simul, vt non fiant separatim, Quod sanè impossibile est. Ideóq; cogitur Accursius dictionẽ illam *simul* sic interpretari, *statim post, & in continenti*. sed parũ proficit cùm etiã in cõtinenti factũ secundũ testamentũ post primũ non eò minùs sit secundũ, & cõsequenter separatim factũ. Nec enim ad hũc casum pertinet quod dici solet, Ea quę in cõtinenti fiunt, inesse videri. Cùm si secundũ testamentũ ob id quod factũ esset in continẽti post primũ, inesset primo, iã nõ esset secundũ sed primum. Vlpianus autẽ tractat de pluribus testamentis. Ergo de separatis, & cõsequẽter de separatim factis. Implicat enim cõtradictionẽ vt sint plura testamẽta, & simul facta. Quòd si ea pro simul factis habuit Tribonianus quæ sub idem tempus

tempus facta sint quamuis separatim. Debuit ergo nō illa inuicem opponere *simul*,& *separatim* tanquam contradictoria,sed ista potiùs *simul* & *diuersis temporibus*.Possunt enim separatim facta dici ea quoque quæ sub idem tempus facta sint,quamuis non ob id quod separatim facta sunt, statim consequens sit vt diuersis temporibus facta videantur si vnum factum sit in continēti post aliud, vt in exemplo quod adfert Bartolus de pluribus testibus qui dixerunt se vidisse aliquid fieri per rimulam ostij vnus post alium in continenti:Sunt enim contestes in tempore.Subiungit etiam de suo Tribonianus subtiliter si diis placet,quod Vlpianus multò certiùs prætermiserat *si hoc specialiter expreßerit*.Quæ adiectio si bona & vera est, consequens fiet vt pluribus ab vno milite factis testamentis,si non ille specialiter expresserit vt vtrumque testamentum valeret,posterius solum valeat,& superius per inferius sublatum intelligatur,acsi de pluribus pagani testamentis ageretur, in quibus nemo dubitat ius ita esse,vt prius testamētum tollatur per posterius ipso iure,tametsi nihil de eo testator dixerit,id est siue nullam prioris testamenti mentionem fecerit,siue ita fecerit,vt tamen non expresserit velle se prius solum valere.Nec enim fieri vllo casu potest vt paganus cum duobus testamentis decedat,proinde necesse est vt alterutrū solum valeat,aut quod prius factum est si priuilegiatum fuit,& clausulā aliquam habuit siue expressam,siue tacitam derogatoriam,nec sufficienter reuocatum extitit,aut quod posteriore loco conditum est,si prius reuocari per posterius potuerit,licèt de eo nihil dictum sit. At vt vtrumque valeat in paganis fieri nullo casu,nullóque modo potest.Ergo nullum hac parte priuilegium militis erit, nisi vt possit cum duobus aut pluribus testamentis decedere,si velit, & hoc speciali ter exprimat,quod tamen paganus neque velle, neque exprimere iure possit.Et ita post alios defēdit Viglius *in §.sed & si quis.in princip.Inst.quib.mod. testam.infirm.ex d.l.quærebatur*.Atqui certum est,Eum qui plura facit testamenta,nec prius expressim reuocat per posterius,ea mente esse vt vtrumq; valere velit,si nihil repugnet quominùs valere possit.Nam nec alia melior, aut verior ratio est,propter quam in paganorum testamentis ita obtinet, vt prius ipso iure per posterius regulariter infirmetur , quàm quod fieri nequeat, vt paganus quisquam decedat cum duobus testamentis *§. posteriore inst.quib.mod.testam.infirm.* Adeò vt idem sit etiamsi in secundo testamento non nisi ex certis rebus fuerit heres institutus, *leg. si quis priore* 29. *D. ad SC. Trebell.*Vnde illud etiam fit, vt si paganus aliquis plures codicillos fecerit, omnes valeant,licèt non expresserit specialiter vt omnes valerent,nimirum quia nihil prohibet,quominùs plures codicillos facere possit *§. codicillos Inst. de codicill.*Cur ergo magis requiremus in milite qui plura testamenta fecit, vt specialiter exprimat velle se omnia valere? Nec enim minùs facile aut licitum est militi plura facere testamenta quàm pagano plures codicillos,nec ratio vlla voluntatis nos cogit vt dicamus,militem qui bis testatur censendum in dubio velle prius testamentum reuocari per posterius , quàm vt admittamus paganū qui plures codicillos facit,id agere vt per posteriores reuocet priores. Nam voluntas quæq; militis testamētum est vt Paulus scribit secundū nostram emendationem *in l.eius militis* 34 *in fin. D. de testam.milit.* At nō omnis voluntas pagani codicillos facit,maximè verò postquàm inductum est ex Theodosij constitutione *in l.vlt.§.vlt.C.de codicill.*vt non aliter

codicilli fieri possint, quàm si quinque testes habeant: vtque cùm in scriptis fiunt, subscriptiones requirant & signacula testium, quemadmodum si de testamento in scriptis confirmando ageretur. Et quamuis dici soleat codicillorum proprium ius illud esse vt nullam iuris ordinationem desiderent, *§. vlt. Inst. de codicill.* negari tamen non potest quin maiorem exigant, quàm testamenta militum, quibus non solùm semper licuit testari quomodo velint, & quomodo possint *l. 1. l. Diuus Traianus 24. D. de testam. milit.* sed etiam semper licebit, quomodo scriptum est *in l. milites is. C. eod.* Idque ita esse ipso etiam rerum vsu & euentu compertum est, cùm nulla vnquam sollennitas in hunc vsque diem militaribus testamentis addita sit, multæ autem sint additæ codicillis. *d. l. vlt. in fin. C. de codicill.* Et sanè non testarentur milites quo modo possent & quomodo vellent, si non aliter possent decedere cum pluribus testamentis, quàm si hoc ipsum velle se expressim declararent, cùm quisquis facit plura testamẽta neque expressim reuocat prius per posterius, satis eo ipso declaret velle se cum pluribus testamentis decedere, præsertim si sciat, putétve id sibi licere. Quam in rem illud etiam vrget, quòd in testamentis militum nudam eorum voluntatem intuemur, non vt in paganorũ testamentis eam quæ sit iusta *l. 1. D. qui testam. facer. poss.* id est ex iuris autho ritate & interpretatione æstimanda. Ex quo euenit vt sicuti numquam aliud voluisse miles credendus sit, quàm quod dixit *l. in testamẽto C. de testam. milit. l. precibus 8. C. de impub. & aliis subst.* Ita neque dubitandum non sit quin voluerit quicquid dixit, cùm tale illud est quod velle potuit *arg. l. Labeo 7. §. vlt. D. de suppellect. legat.* Ergo qui plura testamenta fecit, haud dubiè credendus est voluisse cùm pluribus testamentis decedere, nisi contrarium specialiter expresserit. Idque Paulus etiam noster non obscurè docet *in l. miles si testamentum 35. D. de testam. milit.* vbi posteaquàm dixit, si miles testamentum imperfectum reliquerit, scripturam tamen quæ profertur perfecti testamenti potestatem obtinere. Rationem adfert, quòd militis testamentum sola perficiatur voluntate, mox addit *Quique plura per dies varios scribit, sæpe facere testamentum videtur.* Quod ipsũ nihil aliud est quàm quod nos volumus, militẽ qui plura testamẽta facit etiã imperfecta, videri velle decedere cum pluribus testamentis. Quid verò attineret vsurpare hac in re verbum *videtur*, si eo tantùm casu liceret militi cùm pluribus testamentis decedere, quo idipsum velle se specialiter expressisset? Quid? inquies, An non & paganus sæpe facere testamentum potest? Vtique, sed non ita vt plura habeat testamenta, cùm non nisi vnum habere possit. Indéque nimirum intelligimus quod supradicto loco Paulus scribit, Militem qui plura per dies varios testamenta scribit, sæpe facere testamentum videri, cùm ad paganorum differentiam scriptum sit, omnino sic accipiendum esse vt plura testamenta hoc casu miles habeat eodem tempore, nec vnum per alterum infirmetur. Cui nõ est contrariũ, quòd nõ alia volũtas quã quæ suprema sit testamẽtum dici possit, soli autẽ posteriori testamẽto conuenire videtur, nõ etiam priori, vt suprema voluntas dicatur. Nam imò verò suprema voluntas omnis illa est, quæ cùm ad supremum vsque vitæ exitum reuocari possit, per aliam tamen posteriorem reuocata non est, ea denique non quam alia nulla sequatur, sed quam alia nulla contraria. Alioqui dicendum esset, codicillos, qui vltimæ voluntatis speciem non minùs quàm testamenta constituunt,

non

non aliter posse supremos esse quàm si soli sint. Ideóque si plures facti proponantur solos eos supremos fore qui posteriores fuerint,non etiam illos qui priores, tametsi per posteriores reuocati non sint, quod tamen nemo vnquam dixit *l. cùm proponatis 3. C. de codicill.* Et verò cùm sola iuris communis ratio non etiam voluntatis, faciat ne possit paganus quisquam decedere cum duobus testamentis, vt ex eo apparet quòd etiamsi paganus plura testamenta maximè habere velit, tamen non potest, An non prorsus consequens est vt in milite aliud dicendum sit,cuius libertas in testando non aliis quàm voluntatis ipsius legibus coërcetur? Quid? quòd licèt paganus cum pluribus testamentis decedere nequeat, interdum tamen euenit, vt non reuocetur prius per posterius,sed è contrario posterioris potestas per prius impediatur, Puta si prius habeat vtilem clausulam derogatoriam, vel tacitam, vel expressam. Quis ergo ferat vt militis testamentum prius reuocetur omnimodo per posterius, si non specialiter expresserit miles velle se vtrumque valere? An non esset necesse in eam rem vt posterius testamentum ex iuris, interpretatione contineret clausulam derogatoriam ad prius reuocandum quam miles ipse non expressisset? At nullus in testamento militis interpretationibus istis locus relinquitur, quia in hoc demum elucet priuilegium testamenti militaris, vt in eo lex nullo modo se suásque interpretationes & præsumptiones interponat. Idque adeò verum est, vt similes in testamento Titium ex fundo Corneliano heredem instituerit,potiùs admittamus decedere illum pro tota reliqua hereditate intestatum, quàm vt cessantibus testamenti verbis Titium ex toto asse scriptum interpretemur *l. si miles vnum 6. D. de testam. milit.* Item vt si bonorum paternorum heredem vnum instituat, & alium maternorum,non censeantur illi instituti ex semissibus, quomodo censerentur si à pagano factum esset testamentum *l. qui non militabat 78. D. de hared. inst.* iunct. *l. cogi 16. §. sed & si miles D. ad SC. Trebell.* vbi Vlpianus ex Mæciano scribit concessum esse militibus circa institutionem separare species bonorum. Et per consequens etiamsi per fideicommissum ab institutis heredibus relictum id fecerit,æquè locum fore Senatusconsulto Trebelliano. Addamus, quod magis mirari quis iure possit, si duobus à milite scriptis heredibus alter omiserit hereditatem, pro ea parte videri defunctum intestatum decessisse,quamuis ex testamento ipsius appareat id eum egisse, vt in solidum & ex toto asse testatus moreretur *l. si duobus 37. D. de testam. milit.* vbi Paulus non aliam huius rei rationem reddit, quàm quòd miles & pro parte testari possit. Quæ tamen ratio non videtur posse defendi tanquam bona & concludens. Cùm multò magis possit miles ex toto asse testari si velit, nisi sic adiuuetur & suppleatur, vt militem qui non dixit velle se testari iure communi, credendum sit eam potiùs testandi rationem sequi voluisse, quæ militum propria sit & peculiaris,nec aliud omnino quicquam voluisse,quàm quod simpliciter dixerit, non illa etiam,quæ iuris aliqua interpretatione indigeant vt inducantur:Quale procul dubio est ius adrescendi, quod licèt à tacita præsumptáq; defuncti voluntate proficisci existimetur,ita vt ob eã causã coheres coheredi tacitè substitutus dicatur *in leg. si Titio 61. §. Iuhanus de leg. 2. & leg. non iustam 4. C. ad SC. Trebell.* tamè magis pendet

à iuris potestate, & necessitate , vt ex eo constat quod nec à testatore ipso prohiberi potest quemadmodum contra Bartolum disputauimus *in Error. 7. Decad.* 15. Proinde mirum non est si locum non habeat in testamento militis qui de eo nihil dixit, sed addenda tamen exceptio est quam Paulus non prætermisit *in d.l. si duobus, nisi si hæc voluntas defuncti probata fuerit., vt omittente altero ad alterum vellet totam redire hereditatem*, vt intelligamus expressa voluntate opus esse non tacita, & probatione non præsumptione , vt qui iure militari testatus est , iuris communis regulas vlla in re sequi voluisse videatur. Quidni ergo eâdem, ac multò maiore ratione dicemus, Militem qui plura testamenta facere voluit & fecit, hoc secum animo agitasse vt cum pluribus testamentis moreretur, nec prius per posterius tolleretur, si non expressa in contrarium voluntas eius adprobetur. Nam vt prius testamentū tollatur per posterius, est ex regulis iuris communis: Vt verò cum pluribus testamentis quis decedat, est ex priuilegio militari. Neque alia fuit Accursij quàm nostra de hac re sententia. Is enim ad *d.l. quærebatur* , scribit supplendam esse & subaudiendam dictionem *maximè* ante verba illa *si hoc specialiter expresserit*, neque dubitat quin necessaria non sit hæc specialis expressio, ne prius militis testamentum ipso iure sublatum per posterius dici possit , Nisi aliqua, inquit, in posteriore testamento verba sint quæ contrarium suadeāt: Qualia erant in specie *d.l. quærebatur*, vbi fideicommiserat miles testator in posterioribus tabulis, vt priores valerent. Ita significans non obscurè, quòd nolebat valere illas ipso iure, ac tanquam testamentum. Adfert autem Accursius pro huius sententiæ confirmatione quod scriptum est *in l. militis codicillis* 36. *§.1. eod. tit* . de milite, qui castrensium bonorum, & non castrensium diuersos heredes instituerat. Posteà verò bonorum castrensium alios heredes scripserat. Hunc enim Paulus negat videri sustulisse & reuocasse priores tabulas. Quid ergo ? *Prioribus tabulis* , inquit, *tantùm videtur abstulisse , quantum in posteriores contulerit.* An ita si hoc specialiter expresserit ? Imò verò etiamsi nihil de hoc nominatim dixerit, & in dubio: quod significat verbum illud *videtur*. Sed & illud obseruatione dignum est quod Paulus adiicit , *nec videtur mutare, etsi prioribus tabulis vnus heres scriptus fuisset*. Ne scilicet quis putaret in priore illius §. specie ita responsum quod duo in priore testamēto fuissent heredes instituti, vnus bonorum castrensium, vt diximus, alius nō castrensium: Quasi difficilius esset vt prius illud testamentum in quo testator disposuerat tam de bonis non castrensibus, quàm de castrensibus in fauorem diuersorum heredum, reuocatum esset per posterius in quo vnus tātùm heres fuerat institutus, & quidem in solis castrensibus. Nam etsi vnus tātùm heres, inquit, scriptus fuisset in prioribus tabulis, ac proinde in castrensibus simul, & non castrensibus bonis omnibus, idem tamen dicendum esset, vt in solis castrensibus reuocatum prius testamentum videretur , in non castrensibus verò retentum, ac proinde vt cum duobus non solùm heredibus, sed etiam testamentis decessisse miles videretur. Quænam porrò dubitandi causa esset, An aliud dici oporteret vno tantùm herede instituto quàm pluribus heredibus scriptis in prioribus tabulis, si vtroque casu necessaria esset specialis expressio ad impediendum ne prius testamentum ipso iure per posterius tolleretur?

ERROR QVINTVS.

Similes in vnoquoque teſtamento de bonis ſuis omnibus diſpoſuerit.

DICAT aliquis fortaſſe, Huic ſententiæ locum fieri eo demũ caſu poſſe, quo de aliis bonis miles diſpoſuerit in primo teſtamento, de aliis verò in ſecundo, Præſertim verò ſi prior diſpoſitio amplior ſit poſteriore, vt in ſpecie *d.l.militis.§.1.* vbi proponebatur miles in prioribus tabulis teſtatus de bonis ſuis omnibus, & caſtrenſibus & nõ caſtrenſibus, in poſterioribus verò de caſtrenſibus ſolis: Sed aliud reſpondendũ eſſe, ſi miles in poſterioribus aliquem heredem ex aſſe ſcripſerit, cùm iam in prioribus alium æquè ex toto aſſe inſtituiſſet. Quid enim ſupereſt quod ex poſterioribus habere ſcriptus heres poſſit, ſi priores ſubſiſtãt ex quibus totũ habere debeat is qui in iliis inſtitutus fuit? Et ita Bart. cõcludit *ad d.l.militis §.vlt.* diſtinguẽs an poſterius teſtamentũ de quibuſdã tantùm bonis factum ſit, an de omnibus. Nec ſanè poteſt negari, quin facilius ſit vt prius teſtamentũ militis conſeruetur, cùm in ſecũdo nõ niſi certarum rerũ inſtitutio facta eſt: quia cùm certi iuris ſit eum qui à milite ex certis duntaxat bonis ſcriptus fuit, nihil amplius ex eo teſtamẽto cõſequi poſſe, ita vt reliqua tota hereditas ad legitimum inteſtati ſucceſſorẽ peruenire debeat, potiùs quàm vt rei certæ inſtitutionẽ cõcomitetur, Conuenientius certè eſt vt heredi qui in prioribus tabulis ſcriptus fuerat, quàm vt legitimo ſucceſſori faueamus, vtq; teſtati cauſa retineatur, potiùs quàm vt vlla ex parte inteſtati ſucceſſio inducatur. Ad quã interpretationẽ confugere nil neceſſe eſt, cùm in poſteriore teſtamẽto heres aliquis inſtitutus reperitur. Ob idq; nimirum etiam in pagano dubitationẽ aliquam res habere viſa eſt, An ſi in poſterioribus tabulis heres aliquis ex certa tantùm re inſtitutus eſſet, prius teſtamentum ipſo iure tolleretur, vt apparet *ex d.l ſi quis priore*, Et apertiùs apud Iuſtinianũ *in §.ſed & ſi quis.* iunct. *§.preced. Inſt. quib. mod. teſta. infirm.* Verùm reſponderi poteſt, Tũ quoq; cùm in ſecundo teſtamẽto hereditas tota data eſt, nihil tamẽ nos cogere vt prius ipſo iure ſublatũ eſſe dicamus, quia credẽdus eſt miles perinde ac paganus trãſire ad dupondiũ, quoties expleto iã aſſe, aliũ heredem etiã ex aſſe inſtituit, ſiue in eodẽ, ſiue in alio teſtamento. Nam quemadmodũ is, qui in eodem teſtamento ita ſcribit *Titius heres eſto, Sempronius heres eſto* non auffert hereditatem Titio, vt cã det Sempronio, ſed heredẽ inſtituit Sẽproniũ vt tãtundẽ ei det quãtũ dederat Titio, ſiue miles teſtator ſit ſiue paganꝰ, quia nõ in vno eodẽq; aſſe ambos ſingulos inſtituiſſe credẽdus eſt, quod vtiq; nõ magis fieri poteſt quàm vt vni duo in ſolidũ ſint heredes *l.quod cõtra 141.§.vni duo. De reg.iur.* ſed duos aſſes feciſſe intelligitur inq; vno eorũ ſcripſiſſe Titiũ, in alio Sẽproniũ *l. ĩẽ quod Sabinus 17.§.ſed ſi aſſe expleto & ſeq. D. de hered.inſt.* Ita & qui ſolo Titio in prioribus tabulis herede ſcripto, ſolũ in poſterioribus inſtituit Sẽproniũ, nõ id agit vt hereditatẽ adimat Titio ad transferendã eam in Semproniũ, ſed id potiùs, vt tãtundẽ det Sempronio quantũ Titio, nõ plus, certè nec minus ſiue paganũ, ſiue militẽ ita teſtatũ proponas. Perinde ſiquidẽ hereditas militis, atq; paganí aſſem cõſtituit, & in eaſdẽ aſſis partes iuris poteſtate diſtribuitur, cuius rei perelegãs exemplum eſt *in l. ſi certarũ 17. in princ. D. de teſt. milit.* quia & æquè iuris nomẽ eſt, admittitq; cõmoda & incõmoda, ac cõſequẽter etiã dupõdij &

ſecundi ac tertij aſſis acceſſionem: Alioqui non militis hereditas dicenda eſſet, ſed bona, nec militis heres quiſquam, ſed poſſeſſor bonorum: quod tamen euidenter falſum eſt. Dices teſtatorem militem, qui in ſecundo teſtamento diſponit de iis ipſis bonis de quibus diſpoſuerat in primo, tantum videri abſtuliſſe prioribus tabulis, quantum in ſecundas contulerit vt Paulus loquitur *in dict. l. militis codicillis* 36. §. 1. *D. eodem titulo.* Conſequens igitur eſſe, vt qui in ſecundas tabulas totam hereditatem contulit inſtituto Sempronio ex aſſe, totam ſimiliter hereditatem Titio ademiſſe dicendus ſit. Alioqui nihil ſupererit, quod Sempronio dediſſe videri poſſit, ſi Titio nihil ademerit. Sed hæc obiectio ſupponit, fuiſſe Sempronium poſteriore teſtamento vocatum ad eum ipſum aſſem in quo Titius fuerat inſtitutus: quod nos negamus. Dicimus enim videri Titium ex primo aſſe inſtitutum, Sempronium verò ex ſecundo, Non minùs cùm à milite, quàm cùm à pagano factum eſt teſtamentum. Atque ita fit vt ſemper verum ſit, tantum abſtuliſſe militem prioribus tabulis, quantum contulit in poſteriores, ſemiſſem ſcilicet hereditatis, cùm duo illi aſſes neceſſariò reuocandi ſint ad aſſem iuris, & conſequenter ad ſemiſſes: Quemadmodum ſimiles poſt factum teſtamentū in quo Titium heredem inſtituerat, ſcripſiſſet codicillos & in iis partem ſuæ hereditatis dimidiam Sempronio dediſſet vt *in d. l. militis codicillis in princ.* Nam quod militi ex priuilegio militari facere licet per codicillos, cur non æquè & ex eodem priuilegio facere poterit per poſterius teſtamentum? Siquidem non minùs alienum illud eſt à regulis iuris, vt hereditas in codicillis directò detur, quàm vt decedat cum duobus teſtamentis, duobúſque heredibus ſingulis ex ſuo aſſe inſtitutis in ſeparatis tabulis.

ERROR SEXTVS.

De ſententia & ratione l. militis 36. §. vlt. D. de teſt. milit.

PROBATVR autem nec obſcurè meo iudicio, nec inelegãter noſtra hæc ſententia ex eo quod idem Paulus noſter ſcribit *in d. l. militis §. vlt.* vbi tractans de milite, qui iure communi teſtatus, poſteà teſtamento iure militiæ ſuper bonis omnibus facto poſt annum militiæ deceſſerat, non dubitat quin prius teſtamentum ruptum ſit per poſterius: Sed an ideo tantùm quòd poſterius non de certis bonis, at de omnibus factum eſſet, vt ad illum locum tradit Bartolus? Minimè ſed quia prius teſtamentum nõ iure militiæ factum fuerat ſed iure communi. Fieri autem nequit vt ex pluribus teſtamentis in quibus ſingulis teſtator de vniuerſo ſuo patrimonio diſpoſuerit, vnum valeat iure communi, ſi alterum quoque iure ſubſiſtat. Et verò fruſtrà eſſet quod Paulus addit ea verba: *iure communi teſtatus*, ſi non aliud fuerat reſponſurus etiamſi teſtamentum illud prius iure militari factum fuiſſet. Quare nec diſtinguendum erit an in priore illo teſtamento inſtitutus eſſet heres ex certis rebus, an ex toto aſſe. Cùm enim ponamus teſtamentum iure communi factum eſſe, conſtat etiam certæ rei inſtitutionem tradi ad bonorum & hereditatis vniuerſitatem, ſiue in priore, ſiue in poſteriore teſtamẽto certæ rei inſtitutio facta ſit. Illud planè Bartolo concedendum eſt, tametſi prius illud

Digitized by Google

lud testamentum iure communi factum esset, si tamen in posteriore facto iure militiæ non de bonis suis omnibus, sed tantùm de quibusdam miles dispoſuisset, non idcirco futurum vt prius dici posset ruptũ per posterius. Quoniam non alia ratio est propter quam in paganis testamentum prius tollatur per posterius etiam in quo certarum duntaxat rerum heres scriptus fuerit, quàm quòd institutio illa certarum rerum trahatur ad vniuersam hereditatem *d.l. si quis priore 29. D. ad SC. Trebell.* quæ ratio cessat in militis testamẽto iure militiæ facto, ex quo non alia vtique bona vindicare scriptus heres potest, quàm in quibus scriptus inuenitur *l. si miles 6. d. l. militis §. 1. & l seq. eod. tit. l 1. C. eod.* Nec enim absurdum est, vt prius testamentum, quod sui natura tanquam iure communi factum vniuersam hereditatem omnimodo comprehendebat, restringatur per subsequens, ne bona illa complectatur de quibus miles posteriore testamento iure militiæ facto disposuit. Cùm testatori permissum fuerit ita velle ac disponere eo tempore quo secundum testamentum ordinauit, sed non ideò consequens sit, vt dici oporteat prius testamentum ipso iure sublatum esse, Cui scilicet noluit miles derogatum nisi pro ea bonorum parte quam in posterius contulit, quod vtique potuit. Proinde non sine causa adiecit Paulus verba illa, *super bonis omnibus*, vt significaret aliud se responsurum fuisse si posterius testamentum de quibusdam solùm bonis factum esset, licèt prius iure communi factum fuisset. Duo igitur veluti necessaria requirit ille vt prius testamentum militis ipso iure rumpatur per posterius, Vnum est vt prius non iure militiæ factum sit quamuis à milite, sed iure communi, cuius ratio illa est vt prius testamentum rũpatur ipso iure per posterius, id est, etiãsi non fuerit voluntas illa testatoris, vt rũperetur. Hoc enim non tam esset rũpi testamentũ, quàm reuocari quod diuersum est. Alterum, vt posterius factum sit de bonis omnibus militis: Nam si de quibusdam tantùm ex priuilegio militari factum sit, nulla ex parte prius rumpitur quãuis iure communi factum. Sed tamen pro ea parte bonorum quæ in posterius collata est, reuocatum intelligitur, quod etsi iure cõmuni fieri nõ potuit, iure tamẽ militari potuit, à quo sanè vincitur ius cõmune, scilicet ad eum vsque finem quem voluntas militis præscripsit, non vltrà. Ergo si prius testamentum iure militiæ factum esset, tametsi de bonis omnibus, non rumperetur ipso iure per posterius quod æquè & iure militiæ & de bonis omnibus factum esset, *dict. l. quærebatur.* quia priuilegium militis est, vt cum duobus testamentis possit decedere ita demũ si vtrumq; testamentũ iure militiæ factũ sit, nõ si prius iure cõmuni, Præterquàm si posterius ex certis tantùm rebus scriptũ proponatur. Quid igitur si prius factũ sit iure militiæ, posterius autẽ iure cõmuni? An perinde distinguemus, Vtrũ posterius de certis tantùm rebus an de bonis omnibus factum sit? Nequaquam. Nec enim iuris ratio patitur vt posterius valeat, quod iure communi factum est, quin solum ipsum valeat, omniáque defuncti bona comprehẽdat: Adeò vt nec aliud dicendũ putẽ etiãsi prius testamentum quod iure militiæ factum ponimus, certarum duntaxat rerum institutionem contineat. Tum enim potentius est testamentum militare cùm posterius quoque est, Non item si sit prius, quoniam miles qui posteaquàm iure militari testatus est, iure communi testatur, quamuis eo adhuc tempore quo iure militiæ testari si vellet, posset (multò magis si post id tempus) ostendit apertissimè redire se in omnibus ad ius commune, Nisi hactenus vt si testamentum illud

quod iure communi facere destinauit, valere eo iure non possit, non eò minùs valeat iure militari. At non etiam vt vtriusque testamenti vim habere queat, & eius quod à iure communi authoritatem accipiat, vt loquitur *l. 3. C. de testam. milit.* & eius quod ex solo priuilegio militari valere debeat *l. 3. D. eod.* Cæterùm quod dicimus posse vtrumque militis testamentum ipso iure valere, si iure militiæ factum sit, licèt diuersi heredes in solidum instituti proponantur. Non generaliter & indistinctè accipi volumus. Sed ad eum casum restringi quo testator heredes illos ex asse simpliciter scripserit, vsurpato iuris nomine quod interpretationem à iure aliquam recipere possit. Nam si poneres priore testamento militem sic cauisse *Titius in bonis meis omnibus heres esto.* deinde in posteriore *Sempronius in bonis meis omnibus heres esto*, dicerem ruptum esse prius per posterius ipso iure propter implicitam contradictionem quia fieri nequeat vt singuli in bonis omnibus in solidum sint heredes. Neque vllam iuris interpretationem hæc verba admittunt, vt singulos in dimidia parte bonorum scriptos existimemus, ne fiat contra voluntatem si totum non habeant singuli, quibus testator totum dedit *argum. l. verbis ciuilibus 7. in fin. de vulgari & pupill. substit.* Bonorum enim nomen naturale est, non vt assis vel hereditatis ciuile. At cùm testator simpliciter dixit in priore testamento *Titius heres esto*, in posteriore autem, *Sempronius heres esto*, aut etiam additis in vtraque institutione verbis illis *ex asse* aut si voles *ex toto asse*, licèt vnaquæque institutio vniuersa bona comprehendat, vtraque tamen stare commodè potest per adhibitam iuris interpretationem quæ asses illos, vt diximus, reuocat ad semisses. Nec dissimile quiddam est *in d. l. 3. in fin. C. eodem.* Et ita distinguere interpretes nostri debuerunt non quomodo distinxerunt. Addit Paulus *in dicto §. vltimo l. militis*, & hoc vnum ex professo respondet de quo solo quærebatur, prius illud testamentum iure communi celebratum de quo non dubitat quin ruptum sit per posterius iure militiæ super bonis omnibus factum: Non redintegrari quamuis testator post annum militiæ decesserit. In quo dubitãdi ratio euidens illa occurrebat, quòd cùm prius non esset alia de causa ruptum quàm quia posterius iure militiæ valuerat, consequens videbatur vt quemadmodum desinebat posterius valere iure militiæ post annum missionis, ita & desineret prius ruptum esse. Sed aliud Pauli iudicium est quia testamentum semel ruptum ipso iure non potest redintegrari, nouóque testamento opus est tùm quoque cùm testator redire vult ad priorem voluntatem, Nisi proponas militem adhuc esse illum qui talem habeat voluntatem vt ea voluntas noui testamenti vice esse possit *l. centurio 27. eodem tit.* Aut nisi agas de bonorum possessione secundùm tabulas, ex testamento non tam rupto quàm facto irrito per adrogationem, vt in specie *l. qui ex libertis 11. §. testamento. D. de bonorum poss. secund. tabul.* De cuius sententia videnda sunt quæ scripsimus *in Error. 7. Decad. 39.* Plura enim hîc addere nec libet, nec necesse est.

ERROR

ERROR SEPTIMVS.

De sententia & emendatione l. centurio 27. D. eod. tit. De testam. milit.

QVOD huius legis mentionem proximè fecimus mouet nos vt de ipsius sententia & emendatione aliquid subiiciamus. Locus enim sicuti Papinianeus ita totus elegans est, nec ab instituta disputatione alienus De pluribus testamentis ab eodem milite factis: Adeò vt videri etiam possit pugnare cum eo quod defendimus, Prius militis testamentū non rūpi per posterius, licèt in vnoquoque testator de bonis suis omnibus dispoſuerit, si modò vtrumque testamentum iure militiæ factum proponatur. Tractat enim Papinianus de milite, qui duo testamenta fecerat, & in secundo posthumos heredes instituerat, Nullisque datis substitutis posteà dixerat se ad prius reuerti testamentum. Nec dubitat, quin testamentum prius ruptum fuerit per secundum, Cùm non alio iure valere prius velit, quàm quia testator ad illud redire voluit. Non ergo admitteret Papinianus, Valere vtrumque militis testamentum de bonis omnibus factum, si non specialiter id expressisset testator, quod apud Papinianum non expresserat: Alioqui poterat sufficere militi, vt in quem casum volebat reuerti ad prius testamentum infirmaret ac reuocaret posterius, nec erat necessarium vt adderet velle se ad prius redire quod neque ruptum, neque absolutè reuocatum vnquam fuisset. Verùm vt hinc exordiamur facilis pro nobis responsio est, Non tractare Papinianum de pluribus testamentis militaribus & iure militiæ factis. Verba enim potiùs præseferunt solum posterius testamentum in illa specie iure militari factum, Prius verò iure communi. Quod & in dubio militem facere voluisse credendum est tùm quoque cùm tempore militiæ testatus est, quoties iure communi valere testamentum potest *l. tertia C. eodem tit.* Atqui iam diximus in præcedentibus, Ita demùm posse militem decedere cum pluribus testamentis, in quibus singulis diuersos heredes & ex asse singulos scripserit si vtrumque testamentum iure militiæ factum sit, non etiam si prius, iure communi Ex *l. militis codicillis 36. §. vlt. D. eod.* Nihil igitur contra nos vrget ille Papiniani locus. Sed & dici potest, agere Papinianum de secundo testamento in quo posthumi liberi testatoris fuerant heredes instituti. Quo casu nemo dixerit eam militis voluntatem fuisse, vt liberis suis coheredes daret eos quos in prioribus tabulis scripserat, Cùm etiamsi nihil de posthumis dictum esset, eorum tamen agnatione vtrūque testamētum rumperetur si non scienter essent præteriti, *leg. si filiusfamilias 33. eod. tit.* iunct. *l. sicut certi 9. & sequent. C. eodem.* Cur non ergo ipsorum institutio posterioribus tabulis facta sic accipi debeat vt soli videantur ad paternam successionem inuitati, quæ naturali ratione iis debeatur? Itaque nihil hac parte refert an iure communi factum sit posterius testamentum, an iure militari, quoniam & in militum testamentis interpretandis probabilem eorum voluntatem & inquirere & sequi debemus, Dummodò voluntatis potiùs quàm iuris interpretatio illa sit, *lege si secundam*

probabilem 32. *eod.* Non igitur ſumi argumentum poteſt à ſecundo teſtamento in quo ſcripti ſint poſthumi, ad ſecundum teſtamentum in quo ſcriptus ſit extraneus, quantum ad hoc vt perinde vtroque caſu teſtamentum prius per poſterius rumpatur. Sed non in hoc præcipua legis difficultas conſiſtit: at in eo primùm quod vulgata lectio nullum ſatis bonum ſenſum habere videtur, in illis verbis *neque ſubſtitutos addidit, Quibus non additus, ad ſuperius teſtamentum ſe redire teſtatus eſt.* Nam cùm iam expreſſum eſſet ſic inſtitutos poſthumos vt nulli eſſent iis additi ſubſtituti, quid attinebat ſubiicere *quibus non additis*? Aut quis credat patrem quamuis militem tam inhumaniter poſthumos tractaſſe vt poſt eos in ſecundo teſtamento inſtitutos mox quaſi pœnitentia ductus redire voluerit ad prius teſtamentum, in quo nulla poſthumorum facta mentio proponebatur? quódque proinde in eo erat vt vel vnius poſthumi quandocunque ſuperuenientis agnatione rumperetur? Credibilius ſanè eſt vt non niſi ſub condicione voluerit miles ad prius teſtamentum redire quod iure communi fecerat, Scilicet ſi poſthumi heredes non eſſent, vt & Accurſius noſter interpretari cogitur, nulla tamen verborum authoritate ſubnixus. Nec enim tam facilè præſumenda eſt adeò ſubita mutatio & correctio prioris voluntatis *vulg. leg. non ad ea* 89. *D. de condic. & demonſtrat.* præſertim vt poſthumis noceatur inducta eorum præteritione, per quam fieri poſſit vt dèfuncti militis iudicia ſubuertantur. Tantò namque fauorabiliores ſunt poſthumi, quòd eorum cauſa cum teſtatoris ac teſtamenti fauore coniuncta eſt, quódque non ſolùm ex charitate & adfectione ſed etiam ex neceſſitate vel inſtituti, vel ſaltem exheredari debuerunt. Quare dubitandum non eſt quin locus ſit corruptus, & aliquid immutandum in iis verbis *quibus non additis*. Sed quomodo ea immutatio & emendatio facienda ſit, difficilius eſt dicere. Putabam aliquando pro *additus* legendum eſſe *adeunt*, id eſt *adeuntibus*, Relata dictione *quibus* non ad ſubſtitutos vt ab Accurſio & aliis malè factum eſt quamuis citra emendationem nihil habuerint, quod meliùs dicere potuerint, ſed ad poſthumos heredes inſtitutos, hoc ſenſu vt teſtator miles qui ſecundo teſtamento iure militiæ facto poſthumos heredes ſcripſerat, nec vllos iis ſubſtitutos dederat, eodem tamen teſtamento declarauerit velle ſe ad prius teſtamentum redire ſi poſthumi heredes non eſſent, quæ ſecunda eiuſdem Accurſij, vt dixi, interpretatio eſt, omnino certè admittenda, vt lex bonum aliquem ſenſum habeat, ſed tamen prorſus improbabilis & diuinatoria ſi nihil in verbis emendetur. Iuxta quam interpretationem & emendationem, facile eſt videre rationem dubitandi apud Papinianum illã fuiſſe, propter quam dicendum videbatur legata & fideicommiſſa quæ à poſthumis in ſecundo teſtamento relicta fuerant deberi ab heredibus in priore teſtamento inſtitutis, quod heredes illi poſthumis vulgariter ſubſtituti viderentur. Quid enim referebat an in eodem teſtamẽto vulgariter ſubſtituti eſſent, An verò ex alio quidem teſtamento ſuccederent, ſed ſub ea tamen ipſa condicione, ſub qua fieri vulgaris ſubſtitutio potuerat, id eſt, ſi poſthumi heredes non eſſent. Verùm ne emendatio iſta probabilis mihi nunc videri poſſit, illud facit, quod neque à dictionum ſimilitudine valde adiuuatur, quod tamen ego in emendationibus recipiendis præcipuè ſpectandum arbitror, neque ſatis propriè dictio *adeuntibus* conuenit poſthumis, qui cùm naſcantur ſui heredes patri, ideóque agnatione rumpant teſtamen-

ſtamẽtum, ſi in eo præteriti ſint, non adire paternã hereditatẽ dicuntur, ſed ſe immiſcere, quamquam nec immixtio vlla in ijs neceſſaria eſt, cùm ipſo iure ſint heredes ab ipſo tempore quo naſcuntur. Nam naſcendo rumpunt, & rumpendo ſuccedunt, & ſuccedendo rumpunt, Niſi ponas agi de milite filiofamilias, vt *in l. filiusfamilias* 28. *& dicta l. ſi filiusfamilias* 33. *eodem.* Cùm enim filiusfamilias ſit ipſe in patris ſui poteſtate, certum eſt non poſſe illum ſiue viuum ſiue mortuum habere ſuos heredes, Non ſolùm quòd poſthumus non poſſit habere in poteſtate *leg. ſic euenit* 21. *D. ad legem Iuliam de adulter.* quos nec paterfamilias haberet *l. vltima. D. de collat. bonor.* Sed etiam quia cùm naſcuntur vtique naſcuntur in aui ſuperſtitis poteſtate & ideò ipſi auo adnaſcuntur ſui heredes non patri, & aui teſtamentum rumpunt, non patris *dict. l. ſi filiusfamilias.* Proinde ſi filiusfamilias teſtatus ſit, & reliquerit hereditatem in bonis caſtrenſibus poſthumis inſtitutis, Potuit non ineptè iis ſubſtitui ſi non adirent, perinde atque per verba illa *ſi heredes nõ eſſent.* Sed nimia eſſet iſta reſtrictio, cùm Papinianus de milite ſimpliciter loquatur, nec minùs de patrefamilias, quàm de filiofamilias. Itaque nunc magis probo, vt pro *additis* legamus *editis*, quod & ante nos Zoannetus obſeruauit. Vt verba illa *quibus non editis*, ad poſthumos æquè referantur, nec tam ſint Iureconſulti quàm teſtatoris qui poſt heredes inſtitutos poſthumos, non quidem dederit iis ſubſtitutum vllum neque in vulgarem caſum, neque in pupillarem, ſed tamen addiderit, vt ſi poſthumi non ederentur prius teſtamentum valeret. Quæ emendatio ſi errorem inſpicias qui ex dictionum affinitate naſci potuit, longè probabilior eſt, ſin ſenſum legis, eodem penè quo prior recidit, Niſi quod condicio reſtricta eſt ad vnum caſum, eúmque ſpecialiorem ſi poſthumi non naſcerentur. Illa verò *ſi poſthumi non adirent*, aut quod effectu idem eſt *ſi heredes non eſſent*, generalior eſſet, nec tantùm eum caſum complecteretur, quo editi non eſſent, ſed etiam illum quo editi, paternam tamen hereditatem adire recuſarent, aut ante aditam morerentur. Eſt tamen frequentius vt qui poſthumos inſtituit, iiſque ſiue expreſſè ſiue tacitè ſubſtituit, adſcribat condicionem hanc *ſi non naſcentur*, quàm illam *ſi heredes non erunt l. vlt. C. de inſtit. & ſubſtitut.* Nempe quòd proximior & periculoſior euentus ille ſit vt non naſcantur, quàm vt nati vel nolint vel non poſſint heredes eſſe, quod vtrunque difficilius eſt euenire. Neque tamen probo quod Zoannetus dixit teſtatoris eſſe verba illa *quibus non editis* quaſi teſtatore poſt inſtitutos poſthumos ſic locuto *Quibus non editis, ad prius teſtamentum reuerti volo.* Papiniani enim ſunt, voluntatem teſtatoris & ſententiam magis, quàm verba referentis. Quod etiam illa oſtendunt *teſtatus eſt*, quæ nemo teſtatoris eſſe dixerit. Teſtatorẽ verò ita potiùs cauiſſe probabile eſt *Poſthumi qui mihi naſcẽtur, heredes sũto, ſi nõ naſcẽtur ij heredes sũto quos priore meo teſtamẽto inſtitui.* Nã verba illa *quibus non editis*, cùm ſint præteriti tẽporis, minùs apta ſunt ad exprimẽdã cõdicionem, quæ in futurum concipi & ſolet, & debet *l. cùm ad præſens* 37. *& ſeqq. D. de reb. credit.* Vt neque verbum *volo* quod eſt fideicommiſſarium aptum eſſet ad retinendam inſtitutionem directam quæ priore teſtamento continebatur, ſed magis ad flectendam eam in fideicommiſſariam, vt *in l. quærebatur* 19. *eod.* iunct. *§. vltim. Inſt. de ſingul. reb. per fideicomm. relict.* Præter id quod longè aliud eſt, velle redire ad prius teſtamentum, Aliud verò redire, ſicut & aliud eſt velle teſtari, aliud teſtari. Itémque aliud vellle adi-

re, Aliud adire. Neque verò priuilegium militis hac parte aliud est, quàm vt possit directam facere institutionem quæ erat precaria, Vel precariam illam quæ erat directa *d.l. quærebatur*. At non etiam vt possit directam facere institutionem verbis precarijs aut precariam verbis directis, Ne alioqui voluntatis confusio & incertitudo inducatur, quam non meliùs discernere norunt Iureconsulti, quàm ex propria verborum, quibus testator vsus est, significatione. Illud sanè Zoannetus benè verba illa præcedentia *neque substitutos addidit* sic accipienda esse acsi scriptum esset *neque ius quemquam substituit*, quomodo si scripsisset Papinianus, nemo dixisset sequentem dictionem *quibus* adsubstitutos referendam, de quibus in singulari tantùm numero locutus ille fuisset, ac non potiùs ad posthumos heredes institutos. Sed hæc quidem de legis emendatione sufficiant.

ERROR OCTAVVS.

De ratione dict. l. centurio. & de Baldi ad eam interpretatione.

SENSVS verò si emendationem admittas nec difficilis est nec obscurus. Nam cùm quæreretur an non editis posthumis, atque ita succedentibus ex primo testamento his, qui in eo fuerant instituti iuxta voluntatem in secundo declaratam, deberent illi legata & fideicommissa quæ testator à posthumis in posteriore testamento scriptis reliquerat, Respondet Papinianus nihil eorum deberi nisi quæ testator in secundo illo testamento specialiter & nominatim confirmauerit posteaquàm reuersus est ad priorem voluntatem. Hoc verò cur ita? An quia constitutio Seueri quę voluit vt legata ab institutis relicta etiam à substitutis in dubio repetita intelligantur? *leg. licet* 74. *de legat.* 1. non habeat locum in testamento militis, Non magis quàm constitutio Diui Marci de qua in *leg. iam hoc iure* 4. *De vulg. & pupill. substitut.* vt apparet ex *leg. precibus* 8. *C. de impub. & aliis substitut.* iunct. *leg. in testamento* 6. *C. de testament. milit.* aut aliæ leges & constitutiones? Non puto bonam esse rationem: Non enim constitutio illa Seueri hac in re tam fecit ius nouum, quàm certum reddidit & indubitatum quod prudentes anteà iam ferè omnes respondebant ex coniectura voluntatis, vt constat *ex dicta lege licèt*, aliisque pluribus in hanc rem iuris locis, de quibus nos in Coniecturis nostris scripsimus. Certum autem est etiam in testamentis militaribus inquirendam esse ac inspiciendam probabilem militis voluntatem *dicta lege si secundum probabilem* 32. *D. eod. tit. de testament. milit.* eásque solummodo prohibitas interpretationes quę à iuris potissimùm authoritate descendãt. Quasi sint omnes eæ contra voluntatẽ militis qui propter simplicitatem militarẽ, vt loquitur *l.* 3. *C. eod.* & ob iuris imperitiã nihil minùs, quàm ex legibus testari velle creditur, Ergo perinde in militis atque in pagani testamento id obtinebit, vt legata & fideicommissa ab instituto relicta etiam à substituto tacitè repetita existimentur, Etiam post constitutionem illam Seueri, quia tametsi nulla esset constitutio, idem tamen ex præsumpta defuncti voluntate admittendum mit

mittēdum esset: Alioqui vix vlla dubitandi ratio adferri posset, quæ apud Papinianum pro secundi testamenti legatariis & fideicommissariis facere videretur. An ergo Papinianus ea fortassis ratione moueri potuit, quòd voluntas illa tacita & præsumpta de legatorum, ac fideicommissorum repetitione non nisi in iis qui expressè substituti sint locum habeat? Ne hac quidem. Nam & in coheredibus locum habet, idque non alia ratione quàm quia coheres coheredi in coheredis portione tacitè substitutus esse videatur *l. si Titio* 61. §. *Iulianus* (si tamen is locus Iureconsulti est) *de legat. 2. lege non iustam* 4. *C. ad Senatusconsultum Trebellianum.* Ratio igitur quæ Papinianum mouere potuit & debuit, vna illa est, quòd quanquam in testamento secundo testator miles dixerit velle se, vt si posthumi non nascerentur, heredes ij essent, qui priore testamento scripti erant, Non tamen succedunt isti quasi in secundo illo vel instituti, vel substituti, sed tanquam ex primo, haud secus acsi secundum nullum factum esset, ita scilicet facientе nuda & simplici militis voluntate: Quo tamen casu nullus dubitationi locus relinqueretur, An primi heredes deberent legata vel fideicommissa relicta in secundo testamento, quod nullum secutum esset. Quare nec dici possunt aut tacitè aut expressè substituti in testamento illo secundo, quod neque factum esse intelligitur. Quòd si vel omnia legata illa & fideicommissa, vel aliqua ex iis miles in secundo testamento nominatim confirmauerit ad priorem voluntatem reuersus, Ea verò debebuntur, sed non quasi relicta in secundo testamento, at potiùs quasi relicta in primo, licèt nihil de iis in primo expressum esset, cum primum fiebat. In eóque vereor nec Baldus noster errauerit, qui ad Papinianum notat, Primum testamentum virtute confirmationis extremæ effici tertium, & prævalere secundo. Non enim fit tertium, sed remanet primum, quamuis ex tertia & noua voluntate. Alioqui non esset dicendus redire ad primum testamentum is, qui tertium conderet, licèt non aliud in tertio illo disponeret quàm quod disposuerat in primo. Atque ita esse apparet manifestè ex Vlpiani disputatione *in d. l. quærebatur*, vbi ait Militem qui codicillos antè fecerat, posse eos per testamentum sequens, ita cauendo in potestatem institutionis redigere, ac efficere directam institutionem quæ erat precaria. Nam si vltima illa voluntas militis noui & tertij testamenti iure censenda esset, non esset dicendus miles codicillos quos ante testamentum fecerat conuertisse in testamentum anterius, sed nouum fecisse testamentum posterius eo quo anteriores erant codicilli in institutionis potestatem redacti. Neque rursum dici posset factam directam institutionem quæ fuerat precaria, sed ad precariam in codicillis factam, & directam illam quæ in subsecuto testamento expressa fuerat, adiecisse nouam directam quæ codicillos & codicillarem institutionē non tā immutauerit quàm penitus sustulerit, cùm tamen velit Vlpianus eam solummodò immutatam. Sed acriùs vrget pro nostra sententia, quod apud eundem Vlpianum sequitur, Si hoc animo fuit miles vt valeret prius testamentum, idque cauit (sic enim malo legere quàm vt vulgo, *id quod cauit*) valere oportere. Id námque non aliter accipi potest quàm vt valeat iure primi non autem quasi tertij testamenti. Siquidem subiicit statim Vlpianus *ac per hoc effici vt duo sint testamenta*, Scilicèt, primum illud

quod vt valeret in secundo cauit, Itémque secundum in quo ipso cauit vt prius valeret. Atqui debuerat Vlpianus scribere tria hîc non duo effici testamenta, si cum Baldo putabat primum per confirmationem factam in secundo effici tertium: cùm iam antè dixisset non esse sublatum primum per secundum. Non ergo agnoscit tertium illud testamentum quod Baldus ex posteriore primi confirmatione inducit. Denique nec illud verum est quod vult Baldus per eiusmodi confirmationem extremam primi testamenti fieri vt primum illud tanquam tertium prævaleat secundo: Non solùm quia nihil prohibet quominùs ex militis voluntate primum testamentum etiam quatenus primum prævaleat secundo, sed etiam quia in specie illa quã Papin. tractãt, in qua erant instituti posthumi nec eis quisquam substitutus si posthumi nõ nascerentur, fieri nõ poterat vt nullis editis posthumis non destitueretur, & corrueret testamentũ, etiamsi neque primũ vllum præcessisset, neque vt primum valeret, in secundo expressisset. Neque enim potest manere testamentum, quod ad eam causam peruenit, vt ex eo heres esse amplius nemo possit. Itaque primum testamentum hoc casu non tam est potentius vt possit dici prævalere secundo, quàm solum & vnicum, vt idem Papinianus scribit de creditore qui non tam potior quàm solus inuenitur *in l. 2. D. qui potior. in pign. hab.* Nihilne igitur proderit hæc postrema confirmatio? Imò proderit, sed non ad euertendum secundum testamentũ quod sua sponte corruit & infirmatur per defectum condicionis quæ adscripta fuerat institutioni. At in hoc tantùm vt prius testamentum, quod per posterius ruptum fuit, redintegretur, & pristinis suis viribus restituatur. Denique non vt prius testamentum prævaleat, sed vt valeat, quod tanquam semel ruptum valere non posset, si non ex noua voluntate redintegraretur. Nam quin redintegrari possit, dubium non est, non quidem iure communi vt constat *ex l. milit. codic. 36. §. vlt. eod. tit.* Sed ex priuilegio militari. *l. quod dicitur 38. in fin. eod.* Sicut enim voluntas quæque militis testamentum est *l. eius militis 34. in fin. eod.* ita & talè testamentum est quale miles esse voluit, etiam primum, si primum aliquod præcessit, licèt voluntas illa, quæ redit ad primum testamentum, tertia sit, non prima.

ERROR NONVS.

De iure adcrescendi in hereditate ex testamento militis.

NEMO nescit inter cætera quæ in militaribus testamentis singulari iure non pauca vel recepta, vel constituta sunt, hoc vnum esse, vt si miles aliquem ex certa re, puta ex fundo Cornelliano heredem instituerit, nec de reliquo suo patrimonio quicquam cauerit, non nisi in eo fundo testamentarium heredem habere, in cæteris verò bonis suis omnibus intestatus decessisse intelligatur *l. si miles 6. D. de testament. milit.* vbi ratio redditur quia miles pro parte testatus decedere potest, & pro parte intestatus, quod paganus non potest *lege ius nostrum 7. De regulis iuris.* An quòd

quòd hac de re lex aliqua vel constitutio lata sit quæ militibus nominatim hoc ius permiserit? Minimè, Sed ex constitutionibus illis generalibus, ex quibus cætera omnia militarium testamentorum priuilegia fluxerunt quæ testari iis permiserunt quomodo possint & quomodo velint propter simplicitatem militarem, vt ait *l.3.C.de testam.milit.* Non enim testaretur miles quomodo vellet, si de bonorum suorum tantummodò parte testari non posset. At difficilius illud videtur, Tum quoque cùm miles sic testatus est vt in certa re duntaxat heredem instituerit, non tamen expresso eo quòd in cæteris bonis intestatus decedere velit, Cur non in dubio credendus sit voluisse potiùs vt certæ rei institutio ad vniuersa bona traheretur? Nam quemadmodum ciui Romano cuilibet longè honorificentius est testatum decedere quàm intestatum, cùm quisquis testatur legem facere existimetur, ideóque sapientium iura pertractare dicatur *in l.vlt.C.eod.* Ita & ipsius militis interesse videtur qui testamentum facere voluit, vt credatur ex toto asse testatus decessisse, nulla verò ex parte intestatus. Sed respondendum est, ita posito iure ex constitutionibus vt testari possint milites quomodo velint, non aliud credendos eos velle quàm quod dixerint & expresserint, propter periculum quod subest, ne priuilegium offendatur si adhibita iuris communis interpretatione diuinemus tale quid eos voluisse de quo ne per somnium quidem cogitarint. Quod periculum in testamento pagani ex legibus interpretando nullum subest, cuius scilicet voluntas non nuda, vt militis, sed iusta esse debet, ad hoc vt testamentum dici possit *l.1. D. qui testam. facer. poss.* Hinc dicimus Voluntatem militis pro iure seruari *l.1.C. de testam. milit.* & voluntatem quamlibet militis testamentum esse *l.eius militis 34. in fin. D. eod.* quod de pagani voluntate non similiter dicere quisquam possit. Ergo cùm nemo aliud voluisse credendus sit, quàm quod verbis siue per vocem, siue per scripturam expresserit *l. Labeo 7. De supellect. legat. l.ille aut ille 25. §.1. l. non aliter 63. de legat.3.* consequens est vt quisquis asserit militem aliquid voluisse quod expressim non dixerit, hoc ipsum probare debeat, & quidem liquidò ne vllus aut dubitationi aut coniecturæ locus relinquatur. Maximè verò quod ad ius adcrescendi pertinet, etiam inter heredes, quia cùm ex sola iuris potestate descendat, eíque locus sit non solùm si testamenti verba non adiuuent, sed etiam si manifestè repugnent, id est, tametsi testator id expressim prohibuerit, vt scripsimus in *Error.7. Decad.15.* nulla causa est cur per interpretationem inducatur in testamento militis, cui tam facilè fuerat imò facilius heredem aliquem simpliciter scribere, quàm fuit certæ rei facere mentionem, si testamentarium heredem ex asse habere voluisset. Quòd si per institutionem in fundo factam satis declarauit nihil se præter fundum illum heredi suo relinquere, quid aliud supereſt quod de bonis cæteris dicamus, nisi voluisse ipsum decedere intestatum? Quinimò quod magis est, si duos ex toto asse scripserit heredes & alter omiserit hereditatem, quamuis negari non possit, quin hoc casu initio inspecto voluerit decedere in solidum testatus, Pro ea tamen parte quam vnus ex heredibus testamentariis omiserit, videbitur intestatus decessisse *l. si duobus 37. D. de testam. milit.* Nisi, inquit Paulus, si hæc voluntas defuncti probata fuerit, vt omittente altero, vellet ad alterum totam redire hereditatem: Nempe quia si nihil de eo dixerit, nec voluisse putandus est, Adeò vt neque ex eo quod in vnum casum disposuit, coniectura voluntatis capi possit, quid dispositum voluerit in alium de quo

Digitized by Google

nihil dixit. Secundùm quæ, si miles aliquem specialiter in bonis quæ in paganico habebat heredem instituerit, nec de castrensibus quicquam cauerit, multò certius est heredem scriptum in paganicis non posse illa petere bona quæ testator in castris reliquerit. Non modò si in castrensibus heres nullus scriptus proponatur (quod difficilius est vt contingat) quemadmodum è contrario si castrensium tantummodò bonorum communionem suum heredem instituisset, cætera eius bona tanquam intestati defuncti ad legitimum eius successorem pertinerent *l. 2. C. eod.* Verùm etiam si in castrensibus coheres aliquis datus sit, sed qui ea noluerit adire: Nam & illo casu veniunt succedentes ab intestato, quod disertè scriptum est *in l. 1. eod. tit.* An, quia miles qui de bonis castrensibus & paganicis ita testatur vt diuersos in iis heredes sibi eligat duorum testatorum vice fungatur? Ita ratiocinatur Baldus noster ad eum locum, Nec insubtiliter vt sibi videtur, ex hoc inferens non esse ideò inter heredes istos locum iuri adcrescendi. Quia, inquit, sicut ex diuersis diuersorum testamentis ius coniunctionis non potest contingere *l. si sub conditione 16. D. quib. mod. vsusfr. amitt.* Ita neque ius adcrescendi locum habere in testamentis, & hereditatibus diuersorum testatorum, additque rationem rationis, Quoniam inquit, ius adcrescendi ab eadem causa efficiente proficisci debet, ne vnus & idem decedat pro parte testatus, & pro parte intestatus, quæ ratio cessat in testamentis diuersorum: sed quod cum bona Baldi venia & pace dictum velim, parum subtilis est tota hæc ratiocinatio, nec valde tanto viro digna. Primùm enim falsum illud est militem qui in paganicis & castrensibus bonis alium atque alium heredem scribit fungi loco diuersorum testatorum. Fateor quasi duorum hominum duas hereditates hoc casu intelligi, vt Caius scribit *in l. si certarum 17. §. Iulianus. D. de testam. milit.* Hactenus nimirum vt etiam in æs alienum quod in castris contractum esset solus is teneatur, qui castrensium rerum heres institutus esset, at extra castra contracto ære alieno, is solus obligetur, qui cæterarum rerum heres scriptus esset, quomodo ibidem Caius interpretatur, subiiciens huic conueniens esse respondere, vt ex quaqua causa debeatur militi vel huic heredi vel illi ipso iure debeatur. Sed nego, Habendum ideò testatorem militem pro duobus testatoribus in cæteris. Idque ex eo manifestè apparet quod supradicto loco sequitur apud Caium, Si alterutra pars bonorum æri alieno, quod ex ea causa pendebit, non sufficiat, & propter hoc is qui ex ea parte heres institutus est, non adierit, alterum qui adisset compellendum esse aut defendere totam hereditatem, aut totum (sic enim legendum est, non *totam*) creditoribus soluere. Hoc verò cur ita? Nisi quia vnius testatoris vna tantùm hereditas ista est, quæ licèt admittat fictionem duarum hereditatum in personis heredum, ad impediendam patrimoniorum inter eos confusionem, non tamen simpliciter admittit & indistinctè, sed ad certum vsque finem, & quatenus fieri potest citra dispendium creditorum, quibus vtique nocere non potuit diuisio patrimonij à testatore facta. Cæterùm si generaliter & indistinctè dici posset admittendam fictionem illam duorum testatorum, & duarum hereditatum, fieri certè nullo casu posset, vt necessitas æris alieni soluendi quod ex vna causa pendêret, ad aliam causam transferretur. Non magis quàm vt æri alieno cuiusquam

alius

alius obstringatur ob id solum quòd alterius quàm debitoris heres fuerit. Sed neque ex illa duplicis hereditatis fictione factum esse vt inter militis heredes iuri adcrescendi locus non sit, ille idem Caij vel potiùs Iuliani textus manifestè probat. Nec enim fictio illa impedit quominùs ei qui partem vnam bonorum agnouit, adcrescat etiam inuito altera cum suo onere, si plus altera illa oneris habeat & incommodi quàm commodi. Hactenus saltem vt qui partem suam adiit vel hereditatem totam defendere cogatur, vel totum creditoribus soluere, Ne scilicet aliter posito iure priuilegium militis ad creditorum iniuriam traheretur, si eos ob patrimonij diuisionem à testatore sic factam in damno morari oporteret: quod ratio non admittit *l. impuberi* 40. *D. de admin. tutor. l. cùm filiusfamilias* 28. *in fin. D. de testam. milit. l. filiusfamilias* 114. *§. Diui* 2. *in fin. de legat.* 1. Idque benè, ac longè melius quàm Baldus vidit Bartolus, qui *ad d. §. Iulianus*, opponens tanquam contrarium quod scriptum est *in d. l. si sub condicione* 16. *D. quib. mod. vsufr. amitt.* ex diuersis testamentis ius coniunctionis non posse contingere, Respondet rectè *in d. l. si sub condicione duorum hereditates esse*. At *in d. §. Iulianus*, non nisi vnius. Quamquam hoc ipsum, meo iudicio, verè magis quàm rectè: Potuit enim & debuit melius respondere, quod nos in superioribus Decadibus quas de iure adcrescendi integras conscripsimus, non semel monuimus, Inter coheredes non æstimari ius adcrescendi ex iure coniunctionis, cùm habeat locum etiam inter inuitos, quantumlibet re ac verbis disiunctos, sed ad ius prælationis totam eam rem pertinere vt qui ex coheredibus inuicem coniuncti sunt, disiunctis cæteris præferantur *l. item quod Sabinus* 17. *§.* 1. *l. si ita quis* 66. *D. de hered. instit.* Solúmque inter legatarios de quibus agitur *in d. l. si sub condicione*, & fideicommissarios & alios huiusmodi singulares successores id obtinet vt ius adcrescendi ex iure coniunctionis æstimari oporteat. Non nego tam verum esse quod vult Baldus ex diuersorum testamentis non posse ius adcrescendi locum habere etiam inter heredes, quàm quod Iurec. ait *in d. l. si sub condicione*, Ex diuersis testamentis non posse ius coniunctionis contingere, sed nego ex hoc iure coniunctionis æstimandum esse ius adcrescendi inter heredes, & rationem à Baldo allatam ex eóque iure petitam malam esse contendo. Sicut & illam propter quam receptum esse ait ius adcrescendi in hereditatibus. Ne, inquit, decedat quis pro parte testatus & pro parte intestatus. Alia enim ratio verior quærenda est, quam nos etiam in Decadibus attulimus, Cùm defuncto quoque patrefamilias intestato non eò minùs locum habeat ius adcrescendi inter coheredes, quamuis inuitos, quo tamen casu verendum non esset ne aliter posito iure decederet pro parte testatus is qui nullum penitus testamentum fecisset. Sed neque potest ratio hæc bona esse in milite, in quo receptum est iure singulari, vt pro parte testatus possit decedere & pro parte intestatus *d. l. si miles* 6. *D. de test. milit.* Denique in specie *d. l.* 1. *C. eod.* non ideò prohiberi ius adcrescendi inter coheredes quòd vnus institutus esset in bonis paganicis & alius in castrẽsibus, apparet manifestissimè ex eo quòd non aliud rescripsissent Imperatores etiamsi miles heredes plures instituisset in bonis paganicis tantùm, aut in solis castrẽsibus Nam neque inter paganicorum, neque inter castrensium bonorum heredes locus esset iuri adcrescẽdi,

Cùm nec si quis ex fundo tantùm, aut ex fundo simpliciter institutus sit à milite, ob id magis reliquam hereditatem iure adcrescendi consequatur: quatenus ponetes repudiari hereditatem legitimam ab omnibus intestati successoribus, fierentque potiùs bona vacantia & ad fiscum devoluerentur. *d. si miles*, iunct. *arg. l. vlt. D. de succes. edict.* Neque tamen verè quisquam dixerit, pluribus institutis heredibus in bonis castrensibus tantùm, aut in solis paganicis plures idcirco plurium hominum hereditates intelligi. Fictionem enim illam plurium hereditatum inducit pluralitas non heredum sed patrimoniorum. Omnium autem bonorum paganicorum quatenus castrensibus opponuntur, vnicum duntaxat patrimonium esse creditur, sicut & castrensium omnium. Dixi *quatenus castrensibus opponuntur*, quia nihil vetat etiam paganica sic distribui à milite vt diuersitatem quoque aliquam patrimoniorum constituere videantur, Puta si miles instituerit heredem vnum ex bonis paternis, alium ex maternis, Tertium ex bonis cæteris. Aut vt *in d. l. si certarum 17. in princip. D. de testam. milit.* vnum vrbanorũ prædiorum, alium rusticorum, tertium cæterorum. Sed tamen verius est nullam hoc casu reuera induci patrimoniorum diuisionem, at tunc tantùm cùm separant miles paganica à castrensibus: quoniam hæc sola diuisio fauore militiæ facta est per constitutiones, inquit Paulus *in l. heredes 25. §. 1. D. famil. ercisc.* vbi ob hanc causam eleganter ait, Si miles alium castrensium, alium cæterorum bonorum heredem fecerit, non esse locum iudicio familiæ erciscundæ, Non magis quàm cùm nihil est in corporibus, sed omnia in nominibus sunt, Nempe quia sicuti nomina debitorum & iura omnia hereditaria ipso iure diuisa sunt per legem duodecim tabularum inter coheredes *l. 1. C. si cert. pet. l. 1. C. si vnus ex plurib. hered. debit.* Ita & patrimonium castrense diuisum est à paganico ex constitutionibus, non similiter bona paterna à maternis, aut vrbana prædia à rusticis. Nec quod etiam his casibus miles patrimoniorum diuisionem inducere voluerit, ad rem faciet, quia non sola militis voluntas hoc ius facere potest, sed sola cõstitutionum authoritas, à qua pendet ius omne militarium testamentorum. Neque igitur pluralitas heredum in solis castrensibus bonis, aut in solis paganicis inducere poterit patrimoniorum diuisionem, quàm constitutiones eo tantùm casu inductam voluerunt, quo miles castrensia à paganicis distinxerit, instituendo vnum vel plures in castrensibus, alium verò vel alios in paganicis. Eóque pertinet quod Caius scribit *in d. l. si certarum in princip.* Si certarum rerum heredes instituerit miles, veluti alium vrbanorum prædiorum, alium rusticorum, alium cæterarum rerum, valere institutionem, perindéque haberi, atque si sine partibus eos heredes instituisset, réſque omnes suas per præceptionem cuique legando distribuisset: Vt intelligamus nullam hoc casu fieri patrimoniorum diuisionem inter coheredes non magis quod ad æris alieni onus pertinet quàm quod ad cætera, sed inter eos pro æquis partibus omnia diuidi onera hereditaria, quomodo contingeret si ex partibus hereditariis sine partibus scripti essent, nempe quoniã totum patrimonium hoc casu diuisum est nec quicquam supereſt in hereditate quod in causam intestati cadere possit, Aliud esset si miles ex tribus bonorum generibus de duobus tantùm disposuisset puta instituendo vnum heredem ex paternis bonis, alium ex maternis, at neminem ex cæteris vt *in l. qui non militabat 78. D. de hered. inst.* Tunc enim non haberent singuli iure semisses quia in bonis quæ nec paterna essent, nec materna locus esset legitimæ

successioni.

ſucceſſioni. Quæ ratio & ſententia eſt *d.l. qui non militabat*, vbi euidenter diuerſum ius conſtituitur hac parte in milite, & in pagano. Sicque conciliari is locus debet cum *d.l.ſi certarum, in princip.* Nec tamen conſequens eſt, quod video velle interpretes, vt eò magis inſpecie *d.l.ſi certarum* inter eos locus ſit iuri adcreſcendi, ſi modò teſtamentum non iure communi, ſed iure militiæ factum proponatur. Si enim heres ſcriptus ex vrbanis prædiis hereditatem omiſerit non idcirco adcreſcet pars eius cæteris, ſed ad inteſtati heredes haud dubiè pertinebit, Non ſecus acſi ab initio ſolus hic ſcriptus fuiſſet in vrbanis prædiis, In reliqua autem hereditate nemo *d.l.ſi miles*. Quid enim refert ſiue voluntatem militis ſpectes, ſiue effectum rei conſideres, An in reliquis bonis nemo inſtitutus ſit, An verò qui inſtituti fuerunt, omiſerint hereditatem? Vtroque nimirum caſu ea ratio facit ne ius adcreſcendi locum habere poſſit, quòd non tam ex teſtatoris voluntate proficiſcatur, quàm ex legibus, quibus tamen locus nullus eſt in teſtamento militis quod iure militiæ factum fuit, ſi de eo nihil miles expreſſim dixerit.

ERROR DECIMVS.

De ſententia & emendatione l. 1. C. de teſtam. milit.

ET ſi quæ proximo capite diſputauimus de iure adcreſcendi in hereditate ex teſtamento militis longè aliter quàm ab interpretibus noſtris tractari ſoleant, comprobantur apertiſſimè ex reſcripto illo Antonini quod extat *in l. 1. C. de teſtam. milit.*, de cuius ſententia iam aliquid dicere cœpimus. Non alia tamē in toto iure lex eſt de militaribus teſtamentis, quæ maiores in hac quæſtione tenebras offuderit interpretibus, Vt reſcripti elegantiam videre non potuerint, aliúdque ab Imperatore reſponſum crediderint quàm quod ex vera iuris ratione reſponderi debuit. Naſcitur autem difficultas tota ex eo, quòd poſtquàm Imperator dixit, Si miles ſpecialiter in bonis quæ in paganico habebat aliquem heredem fecerit, alium verò in caſtrenſibus, & hic qui in caſtrenſibus ſcriptus eſt adire noluerit, non idcirco eum, qui in paganicis ſcriptus eſt, caſtrenſia petere poſſe, ſed ab inteſtato ſuccedentes venire, ſubiungit in hæc verba *modò ſi in eius locum ſubſtitutus non es, & liquidò probetur fratrem tuum caſtrenſia bona ad te pertinere noluiſſe*. Quorum verborum vident omnes non alium ſenſum eſſe poſſe, quàm vt contra id quod diximus, bona caſtrenſia in quibus fuerat inſtitutus heres is qui noluit adire hereditatem, pertineāt ad coheredem inſtitutum in paganicis, idque iure adcreſcendi, niſi liquidò probetur contraria militis voluntas, quòd id noluerit. Hoc verò pugnat euidenter cum iis omnibus iuris locis quos ſuprà citauimus. Ex quibus apparet nullo caſu locum eſſe iuri adcreſcendi in hereditate ex teſtamento militis, Sed multò minùs eo caſu quo ex pluribus heredibus vnus inſtitutus ſit in bonis paganicis, & alius in caſtrenſibus, propter diuiſionem illam patrimoniorum quam conſtitutiones de militarium teſtamentorum priuilegiis factæ induxerunt. Eſt verò in eandem ſententiam inſignis Papiniani locus *in l. filius 42. §. 1. D. de bon. libert.* de cuius tamen ſententia quoniam ſatis obſcura eſt, & ab Accurſio noſtro peſſimè explicata, ſeparatim dicendum erit Decad. ſeq. Vetus gloſſator Ioannes præcipuæ ac felicis inter veteres omnes gloſſa-

tores eruditionis, quem Accursius noster passim refert & probat, cùm supradicta verba non aliter ad rationem iuris accommodare posset, Dixit ita esse accipienda, vt tamen satis probatum intelligatur, Noluisse militem bona sua castrensia peruenire ad eum quem scripserat in paganicis, hoc ipso quòd non probatur contrarium. Quam interpretationem Bartolus quoque probauit cùm nihil melius haberet quod diceret, Accursius autem, licèt à Ioanne rarò dissentiat, hic tamen sibi visus est aliquid habere quod melius dici possit, Nimirum liquidò probari posse quòd testator noluerit bona castrensia acquiri iure adcrescendi heredi paganicorum, ex ipsa voluntate defuncti, quasi instituendo vnum in bonis paganicis hoc ipso prohibuisse videatur ne succederet ille in castrēsibus & contrà. Ex eo nimirum quod dici solet inclusionem vnius esse exclusionem alterius vulg. *l. cùm Prætor* 12. *D. de iudic.* Sed vt bene Baldus notat, incidit hæc interpretatio in illam Ioannis, nec tam alia vel melior, quàm clarior dici debuit ab Accursio. Quod enim Ioannes simpliciter dixerat probari voluntatem hanc militis hoc ipso quòd non probatur contrarium, latiùs explicat Accursius, petita ratione non tam ex verbis, quàm ex voluntate testatoris. Verùm neque interpretatio Ioannis vera est, neque Accursij explicatio & ratiocinatio probabilis. Illa enim verba *& liquidò probetur*, quæ liquidam & manifestam probationem exigunt, non possunt admittere interpretationem eius voluntatis quæ tantùm sit præsumpta. Cùm præsumptio soleat opponi probationi, præsertim verò probationi liquidæ & manifestæ *l. si chirographum* 24. *l. seq. l. Imperatores* 29. *& pass. D. de probat.* Ita vt propriè ac partitè loquentibus, nihil aliud sit Probari quid liquidò, quàm Probari concludenter, non præsumptiuè, Aliter denique quàm per præsumptionem. Et verò non nisi frustrà & ridiculè possit quis liquidam probationem requirere eius rei quæ per se satis probata intelligi debeat, si non contrarium probetur. Nec simile est quod Accursius pro simili adfert ex *l. 2. C. qui testam. facer. poss.* vbi scriptum est, Si testator sanæ mentis fuerit eo tempore quo testamentum ordinabat, nec postea criminis alicuius conscientia obstrictus se præcipitem dedit, eiúsque innocentia liquidis probationibus commendari possit, postremum eius iudicium adscitæ mortis obtentu conuelli non debere. Etsi enim dici solet, præsumendum innocentem omnem quisquis non probatur nocēs *ex l. vlt. in fin. D. de bon. eor. qui mor. sib. conscisc.* in illis verbis, *nisi de crimine fuerit probatum.* Certum tamen est probari debere ab heredibus innocentiam illius qui mortem sibi conscisit, maximè si in reatu fuerit constitutus, Probata scilicet bona primùm defuncti fama, deinde alia mortis adscitæ causa, puta furore, vel doloris alicuius impatientia, vel pudore æris alieni. Quo etiam facto, saluum adhuc ius superest accusatori probandi criminis aduersus omnes illas innocentiæ probationes, quæ scilicet quantumuis liquidæ sint non tamen vsque adeò liquidæ ac certæ esse possunt vt non admittant contrarias admissi sceleris probationes, quas tantò fortiores esse necesse est, quantò facilius adfirmatio probatur quàm negatio. Innocentia verò quid aliud est, quàm sceleris & nocentiæ, vt ita dicam, priuatio? Itaque benè Iurec. *in d. l. vlt. in fin. de his qui mort. sib. conscisc.* duo coniunctim requirit, Vt & defuncti heredes innocentiam eius ostendant susceptis ipsius defensionibus, & alia ex parte crimen nullum probetur. Idque optima sanè ratione, quia negari non potest, quin magna præsumptio

vrgeat

vrgeat contra eum qui in reatu constitutus mortem sibi conscivit, Propter quam præsumptionem qua vrgetur, onerari eum probatione non modò æquum, sed etiam necessarium est, Maximè cùm nihil vetet etiam innocentiæ concludentes & necessarias probationes adferri. Puta si is qui tali die hominem Camberij occidisse dicitur, Taurini eo ipso die fuisse probetur *l. 3. in princip. vbi not. D. de accusat.* Iunctis iis quæ tradit Iul. Clar. *lib. 5. sentent. §. vlt. in pract. crimin. quæst. 22. vers. Dixi etiam.* Qua de causa benè Imperatores *in d. l. 2. C. qui testam. fier. poss.* sic loquuntur, *eiúsque innocentia liquidis probationibus commendari potest à te*, vt significent probationem hanc non à solo iure fieri à quo fiunt præsumptiones, sed ab herede ipso defuncti, Per probationes igitur liquidas & formales, non per præsumptiones. Proinde non probat is locus quod Ioannes & Accursius & cæteri volunt ad *d. l. 1. C. de testam. milit.* liquidò probatam videri in ea specie voluntatem militis hoc ipso quòd non probatur contrarium. Quis ergo verborum illorum sensus esse poterit? Aut si de sensu dubitari non potest, quænam erit ratio? An fortè ad Baldi distinctionem recurrendum erit, qui ad *d. l. 1* notat, Multùm referre vtrum testator de bonis suis disposuerit sub appellatione castrensium, & paganicorum, an verò sub quacunque denominatione, vt priore tantùm casu procedat Ioannis opinio, Posteriore verò necessariæ sint liquidæ, certæque probationes. Verùm nec ista quoque distinctio probabilis est, incidítque rursum in aliam Accursij distinctionem ad *d. l. 1.* Distinguit enim Accursius, An miles instituerit heredem vnum in bonis paganicis & alium in castrensibus, aut contrà: An verò heredem vnum ex vna re certa, & alium ex alia, Aut etiam vnum ex vncia vna, & alium ex duabus vnciis (quomodo scripsisse Accursium, aut scribere debuisse Baldus rectè notat) An denique vnum in bonis paganicis tantùm nullo addito coherede in castrensibus Aut è contrario, vnum in bonis castrensibus nullo dato coherede in paganicis: Primo casu ait non esse inter coheredes locum iuri adcrescendi ex *d. l. 1. l. si duobus 37. D. de testam. milit. dict. l. filius 42. §. 1. De bon. libert.* Nisi, inquit, bona vnius patrimonij non sufficiant dissoluendo ære alieno quod ex ea causa contractum fuit. Ex *l. si certarum 17. §. Iulianus D. de testam. milit.* Aut nisi heres institutus in illo patrimonio, sit etiam ipse proximior ad succedendum ab intestato, vt *in d. l. filius §. 1.* quamquam postea magis probat vt eo casu non iure adcrescendi succedatur quasi ex testamento, sed potiùs iure agnationis ab intestato. Secundo casu admittit ius adcrescendi locum habere inter coheredes, nisi contraria militis voluntas probetur ex *l. 3. C. de testam. milit. & d. l. si certarum in princip. D. eod.* Et ad hanc nimirum distinctionis partem referendum est secundum caput supradictæ distinctionis Baldi. Tertio autem casu negat locum esse iuri adcrescendi, siue in bonis paganicis tantùm, siue in solis castrensibus heres à milite scriptus proponatur, & siue commilito testatoris ille sit, qui scriptus fuit, siue extraneus: Sed pro ea bonorum parte de qua miles non disposuit, fatetur locum fieri legitimo successori, ex *l. 2. C. eod. tit.* Quemadmodum circa tempus contingeret, vt si miles aliquem heredem post certum tempus in bonis omnibus instituisset, interim totóque illo medio tẽpore intestati causa locum haberet *l. miles ita 41. D. eod.* Huius verò distinctionis fatemur nos primam partem veram esse, & priorem quæ ad illam additur exceptionem,

Ex *d.§. Iulianus*, non etiam posteriorem desumptam *ex d.l.filius §.* 1. vt ex iis apparebit, quæ de illius loci sententia sequenti Decade dicturi sumus. Sed secundam distinctionis partem omnino negamus, tanquam quæ pugnet euidenter cum eo quod scribit Vlpianus *in d. l.si miles vnum* 6. *D. eod. tit. De testam.milit.* Si miles, vnum ex fundo heredem scripserit, credi eum quantum ad residuum patrimonium decessisse intestatum. Miles enim, inquit, pro parte testatus potest decedere & pro parte intestatus. Cui non dissimile est quod Papinianus *in l. qui non militabat* 78. *De hered. inst.* tractans de testatore qui bonorum suorum maternorum heredem libertum scripserat, paternorum verò Titium, notat expressim agere se de testatore qui non militabat, Vt ostendat quod in duobus illis pagani heredibus respondet, Videri eos iure institutos ex semissibus, non idem se in duobus militis heredibus similiter institutis responsurum fuisse: Cur ita vero? Nisi quia sic testato milite, vt vnum in bonis paternis heredem scripserit, alium autem in maternis, supersunt alia bona militis, quæ nec paterna nec materna sint, puta castrensia, vel etiam aliunde quàm ex castris quæsita, in quibus cùm non alium heredem quàm legitimum intestati successorem habere miles possit, consequens est vt qui ex paternis tantùm & maternis bonis heredes scripti sunt, semisses iure habere nequeant, quoniam ita fieret vt nulla pars successionis legitimo heredi relinqueretur. Atqui falsum hoc esset si à milite institutus ex re certa ius haberet adcrescendi. Siquidem inde sequeretur institutos ex certis bonis nullo coherede dato in cæteris, sic habendos esse ac si in toto asse ex semissibus scripti essent, quemadmodum contingit in heredibus eo modo scriptis à pagano. Ergo vel nihil causæ fuit cur Papin. quæstionem proposuerit de testatore non militante potiùs quàm militante, Vel fatendum est aliud iuris eum cõstituisse hac parte in milite, aliud in pagano, id est, ius adcrescendi quod inter pagani heredes locum haberet, inter militis heredes denegasse. Vidit Accursius priorem illam obiectionem *ex d.l.si miles*: Sed posteriorem hãc quæ non minùs vrget, vel non vidit, vel dissimulauit. Priorem verò sic diluit, vt dicat quod lex ait *creditur* sic accipi debere vt à iure ita credatur, sed ita demum si probetur miles id voluisse. Sic enim ille interpretatur & *ad d.l.1.& ad l.3. eod. tit.* Quod tamen prorsus absurdum est. Nec enim aptiore verbo potuit Vlpianus quàm illo *creditur* aut *videtur*, iuris potestatem & præsumptionem significare, ad excludendam eius voluntatis aliter quàm per præsumptionem iuris probandæ necessitatem: cùm vel ipso fatente Accursio sic intelligendus sit Vlpianus vt credatur hoc à iure non à iudice: Nisi quod credit iudex quicquid ius credit adeò vt aliam nullam probationem exigere possit vel debeat, quàm iuris allegationem. Sed & in supradicto illo Papiniani responso interpretando quod extat in *d. l. qui non militabat*, euidenter errat Accursius, dum id quod Papinianus ait de cautionibus officio arbitri familiæ erciscundæ propter actiones interponendis, Explicat de actionibus legatorum & prælegatorum nomine competentibus, & de cautione danda ex edicto Prætoris *Si cui plus quàm per leg. falcid.* Cùm tamen loquatur Papinianus de actionibus hereditariis, quæ quoniam ex æquis partibus contra singulos heredes cõpetituræ sunt licèt inæqualis sit rerũ prælegatarũ æstimatio, necessitatẽ inducunt interponendarũ vicissim cautionũ de coherede defendẽdo si qua fortè sit aut emergat quæ contra vnum ex heredibus in solidum exerceri possit,

quas

Digitized by Google

quas indemnitatis cautiones possumus dicere, vt *in l.si filia* 20.*§.hoc amplius, et §.Papinianus,aliàs l.si vni l.heredes* 25.*§.idem iuris est.D.famil.erciſc.* Quare non ait Papinianus interponendas huiusmodi cautiones propter legem falcidiam (quamuis si fuerit incertum an falcidia interuentura sit,rectissimè dicatur officio iudicis cautiones esse interponendas, vt ex eodem Papiniano tractat Vlpianus *in l.ex facto* 35.*§.vnde scio quæsitum in fin.eod. titul.* De *hered. instituend.*) sed *propter actiones*, adeóque priusquàm loquatur de falcidia, de qua sic posteà subiicit *salua falcidia*: sic innuens interponendas esse cautiones omni casu siue certum sit,siue incertum falcidiam interuenturã, vel non interuenturam. Nempe propter actiones in solidum competituras siue iam emerserint,siue adhuc lateant,& siue personales sint siue hypothecariæ,quarum omnium natura & condicio illa est,vt indiuiduæ sint *l.rem hereditariam* 65.*D.de euict.* vtq; nihil prosit coheredi partem suam soluere ad liberandum pignus si non etiam totum soluat *d.l.heredes §.idem obseruatur famil. erciſc. l.si rem* 9.*§.omnis pecunia D. de pignor. act. l.in executione* 81.*§.pen.De verb. oblig.* Porrò vix vlla hodie personalis actio est quam non aliqua hypotheca vel expressa vel tacita concomitetur.Ergo vel solo hypothecariæ metu non possunt non esse vtiles & necessariæ cautiones etiamsi de falcidia nihil quæratur: Idq; Accursium non vidisse miror, sed illud magis quòd sententiam illam suam adeò improbabilem De adcrescendi iure inter militis heredes inducendo cùm ex certis rebus instituti sunt,probari putat *ex d. l.3. C.de test. milit.& d.l.si certarum in princip. D.eod.* Cùm tamen rescriptum Imperatorũ de quo *in d.l.3.* loquatur de testamento facto quidem à milite sed iure communi non militari vt sequenti Decade docebimus: Caij verò responsum *in d.l.si certarum* nihil exprimat de iure adcrescendi, neque eum casum tractet quo institutis à milite tribus heredibus,vno ex prædiis vrbanis,alio ex rusticis,tertio ex cæteris, quisquam ex iis portionem suam omiserit,sed illũ quo omnes adierint,atque ita quo nullus quæstioni de iure adcrescendi locus superesse possit: Longéque aliud est dicere Videri eos institutos sine partibus, totúmque testatoris patrimonium quasi legãdo per præceptiones inter eos distributum vt lex ait, Aliud verò dicere, quod interpretes de suo addunt, Nihil interesse an tale testamentum à pagano, an à milite factum sit. Nam etsi nihil interest quod ad hoc vt videantur heredes instituti sine partibus,& bona ex quibus scripti sunt, veluti per præceptionem iis legata, vt proinde ad æris alieni solutionem ex æquis partibus teneantur, quia scilicet totum patrimonium suum testator distribuerat,non partem duntaxat *vt in d. l qui non militabat*,quemadmodum ad finem superioris capitis docuimus. Interest tamen cùm agitur de adcrescendi iure de quo apud Caium supradicto loco.verbum nullum. Quod verò ad tertiam distinctionis Accursianæ partem attiner, Vera sanè est,sed in ea non perstat Accursius qui longè aliter siue ex sua siue ex aliorum sententia distinguit *ad l.2. eod.tit.* de qua ideò latiùs in sequentibus tractandum erit.Ergo cùm neque veterum glossatorum,neque Baldi aut alterius cuiusquam interpretationem probemus, superest vt coniecturã nostram de sententia & emendatione *d.l.1.* proponamus. Puto ego mendum subesse in verbo *noluisse* legendúmque *voluisse*, Tam facili & lubrico errore, vt typographis & librariis omnibus facilior alius aut familiarior nullus sit,ideóque nec frequentior quàm vt pro litera *n* ponant literam *u* & contra. Nam & in Baldi ad hunc ipsum locum commentariis idem ac-

cidit vt ſcriptũ hodie legamus *voluit* pro eo quod ſcribere debuit & ſcripſit haud dubiè *noluit*. Hoc autem admiſſo, non eſt difficile animaduertere quis totius clauſulæ ſenſus ſit: Ille nimirum vt ad præcedentem propoſitionem quæ habebat ſcriptum heredem in bonis paganicis non poſſe petere bona caſtrenſia in quibus fuerat alius inſtitutus qui omiſit hereditatem, duplex exceptio ſubiiciatur, Vna illa ſi nõ ſit coheredi ſubſtitutus ille qui fuit in paganicis inſtitutus. Nam ſi ſubſtitutus eſſet, dubitari nõ oporteret quin poſſet ille ex ſubſtitutione petere ea ipſa bona quę alioqui per ius adereſcendi conſequi non poſſet, cùm latiùs pateat ius ſubſtitutionis quàm ius adereſcendi. Altera exceptio eſt ſi non liquidò probetur militem voluiſſe vt ad heredem in paganicis inſtitutum bona quoque caſtrenſia pertinerent ſi fortè ſcriptus in iis heres caſtrenſem hereditatem adire nollet. Nam vt in lege ſequitur *voluntas militis pro iure ſeruatur*. Sic enim legendum eſt circumſcriptis verbis illis *in expeditione occupati*, quæ tanquam irreptitia lineis intercluſa ſunt. Nec enim neceſſe eſt in expeditione eſſe militẽ vt iure militari teſtari poſſit, dummodò in militia retentus ſit, necdum miſſus, ſi ius vetus inſpicias, quod toto iure Pandectarum & Codicis obtinuit vſque ad Iuſtiniani conſtitutionẽ *in l. pen. C. eod.* de qua & ipſe gloriatur initio eiuſdem tit. in Inſtit. Et ex qua probabile eſt illa etiam verba *in expeditione degentes*, addita eſſe ad Conſtãtiniana, quæ extat *in l. milites* 15 *C. eod.* Cùm itaque ſecundùm hanc noſtram interpretationẽ tam aperta ſit & rationi conſentanea legis ſententia, quid obſecro impedire potuit, quominùs eam viderint probarintq; interpretes? Vnũ illud, quod totam illam clauſulam non pro duplici exceptione, ſed pro vnica condicione acceperunt duas quidem habẽte partes, ſed quarum prior negatiua ſit poſterior affirmatiua: Aut potiùs partim pro exceptione, partim pro condicione. Acceperunt pro exceptione, priorem illam partem negatiuè cõceptam *modò ſi in eius locum ſubſtitutus non es*. Pro cõdicione verò & quidem adfirmatiua poſteriorem hanc *& liquidò probetur fratrem tuum caſtrenſia bona ad te pertinere noluiſſe*. Cui errori cauſam dedit non ſolum illud mendum quòd ſuberat in verbo *noluiſſe*, ſed etiam quòd non animaduerterunt ita eſſe accipiendam clauſulam acſi negatio poſita eſſet poſt condicionẽ *ſi*, & vterq; articulus repetitus in hunc modum, *modò ſi non in locum eius ſubſtitutus es, & ſi nõ liquidò probetur fratrem tuum caſtrenſia bona ad te pertinere voluiſſe*. Quomodo ſi Imperator reſcripſiſſet nemo dubitaret quin id ipsũ ſenſiſſet quod nos ſentimus. Atqui nihil refert an ita ſcriptum ſit, an quomodo habet vulgata editio præterquàm in verbo *noluiſſe* niſi quòd conſtructio vulgatæ editionis obſcurior eſt, tam propter nõ ſubiectam negationem poſt articulum condicionis in priore parte clauſulæ, quàm ob non repetitum in poſteriore vtrumque articulum *ſi non* qui tamen ſuppleri facilè, & ex præcedentibus pro repetito haberi non ineleganter potuit. Cæterùm nõ id agere Imperatorem his verbis vt aliquam ſuperiori propoſitioni condicionem iniiciat, ſed potiùs vt duplicem ſubiiciat exceptionem, vel ex eo apparet, quod non ita ſcribit *ſi modò nõ in eius locum ſubſtitutus es* (quæ formula difficiliùs admitteret vt in ſequentibus verbis duo illi articuli *ſi non* coniunctim repeterentur, qui in præcedentibus coniuncti non eſſent) ſed ita *modò ſi non*, quod nihil aliud eſt quàm *niſi*. Illud quoque ſubobſcurum eſt, quod lex ait in fine *Nam voluntas militis pro iure ſeruatur*. Quid enim neceſſe eſt voluntatem militis haberi pro lege ad inducendum ius adereſcendi, quod ex legibus & ipſo iure locum habet

habet inter coheredes pagani? Sed reſpondendum eſt, ita poſito iure ex conſtitutionibus, vt in teſtamentis militum nullus ſit locus legibus, ex quibus tamen proficiſcitur ius adcreſcendi potiùs quàm ex teſtantis voluntate, non fore ſufficientem militis voluntatem etiam de qua liquidò conſtaret, quòd inter heredem inſtitutum ex bonis paganicis, & inſtitutum ex caſtrenſibus iuri adcreſcendi locum eſſe vellet, niſi ex iiſdem conſtitutionibus factum eſſet, vt nudam militis voluntatem pro iure ſeruari oporteat: Præſertim cùm militibus poſſit imputari ſi quando velint vt vno ex heredibus portionem ſuam omittente portio illa ad alterum perueniat, cur non expreſſè illos inuicem ſubſtituerint vulgariter: cùm ſciant non poſſe ab auxilio legum expectari, vt iure adcreſcendi id fiat: Quod non ſimiliter imputari pagano poteſt cogitanti fore vt quamuis neque coheredes ſuos inuicem ſubſtituerit, neque voluntatem ſuam circa ius adcreſcendi aperuerit, ipſo tamen iure deficiens portio adcreſcat etiam inuito. Itaque ſi tale quid paganus voluiſſe probabitur, voluntas eius ſeruanda erit, non tanquam quæ ſit pro iure, ſed tanquam quæ ſit iuſta. At ſi de militis teſtamento agatur, voluntatem ipſius ſeruabimus, non quaſi iuſtam, ſed quòd ipſa ius ſit, & habenda pro lege. Dices, Cur non verò habetur potiùs ea voluntas pro ſubſtitutione, vt non eſſet neceſſe haberi eam pro iure? Reſpondeo ſubſtitutiones omnes vulgares & directas requirere non modò voluntatem expreſſam, ſed etiam expreſſis & ciuilibus verbis declaratam, ſiue à militibus, ſiue à paganis fiant (nulla enim hac parte inter paganos, & milites differentia eſt *leg. verbis ciuilibus 7. l. centur. & 15. D. de vulgari & pupill. ſubſtit. l. precibus 8. C. de impub. & aliis ſubſtitut.*) Illam verò voluntatem militis vt ab vno ex heredibus omiſſa portio ad alium perueniat, facilè talem probari etiam liquidò poſſe, vt tamen pro vulgari ſubſtitutione haberi nequeat, puta ſi appareat teſtantis militis eam fuiſſe voluntatem vt nulla ex parte nullóque caſu agnatum ſuum proximum ad inteſtati ſucceſſionem admitti vellet, quæ res cùm ſucceſſorem inteſtati excludat, nec tamen ſubſtitutum vulgarem faciat, reliquum neceſſariò eſt vt inter coheredes ius adcreſcendi inducat. Et ita totum illud Imperatoris Antonini reſcriptum elegans interpretandum arbitramur.

***

ANTONII FABRI I.C. SEBVSIANI SENATORIS SABAVDIENSIS, ET IN GEBENNENSIS DVCATVS AVDITORIO PRAESIDIS,

DE ERROR. PRAGMAT. ET INTERPR. IVR. *DECAS LXXII.*

ERROR PRIMVS.

De sententia & lectione l. filius 42. §. 1. D. de bon. libert.

PROSEQVEMVR hac Decade tractatum illum quem superiore adgressi sumus De iure adcrescendi in hereditate ex testamento militis,& de militaribus testamētis. Prima autem quæ à nobis occurrit instituenda disputatio est De sententia & lectione *l. filius.* 42. aliàs & vulgò *l. si filius §. 1. D. de bon. libert.* Species enim quæ ibi apud Papinianum proponitur perelegans est,sed vicio vulgatæ lectionis potius quàm iuris obscuritate meo iudicio pessimè ab Accursio,aliisque interpretibus, qui Accursium secuti sunt,accepta. Tractat eo loco Papinianus de milite liberto qui cùm duplicis generis patrimonium haberet,paganicum scilicet & castrense in castrensibus heredem scripserat Titium,in paganicis verò Sempronium,præterito in totum patrono, cui tamen dimidiam bonorum suorum partem ex Prætoris edicto relinquere tenebatur cùm nullos ille liberos habere proponeretur. Adita fuerat hereditas à Titio,Bonorum ergo castrensium in quibus solis erat ille *institutus*,Sempronius verò in paganicis institutus nondum adierat,ignorans fortè adhuc sibi delatam, aut deliberans vtrum adire expediret, an repudiare. Quærebatur an aperta esset via præterito patrono petendæ bonorum possessionis ex edicto contra liberti tabulas. Dubitationem faciebat ex vna parte, quod hæc bonorum possessio, quæ patrono accommodatur non est similis illi quam prætor dat liberis contra tabulas parentum. Nec enim aliter datur quàm si vel iam adita sit hereditas ex testamento, vel iam petita bonorum possessio *leg. 3. §. vt patronus D. de bon. libert.* cùm illa quæ liberis datur nec aditionem exigat, nec petitam bonorum possessionem ex testamento, sed contenta sit quòd extent tabulæ ex quibus possit adiri hereditas vel bonorum possessio peti, licet neutrum eorum

eorum posteà secutum sit, vel sequi potuerit, quomodo scriptum est *in leg. quod vulgo* 29. iunct. *l. illud* 4. *D. de bonor. poss. contr. tabul.* An quia bonorum possessio quæ datur filio præterito assem persequatur? vt putat Cuiacius ad Papinianum in hunc locum? minimè. Nam neque id perpetuum est si fortè plures sint liberi non exheredati. Neque minùs querela inofficiosi testamenti assem persequitur si filius exheredatus sit solus, & tamen non competit ante aditam hereditatem *l. Papinianus* 8. *§. si cõdicioni D. de inoff. test.* An potiùs quòd per bonorum possessionem cõtra tabulas quæ datur patrono partiẽda sit hereditas inter patronum & heredem scriptum, vt proinde heredem priùs esse oporteat vt sit cum quo partiatur? Sic idem Cuiac. ibidem putat. Malè. Nam bonorum possessio contra tabulas quæ datur patrono rumpit totum testamentum quamuis ex eo iam sit adita hereditas ita vt sit necessaria heredi scripto noua bonorum possessio secundum tabulas *leg. 6. D. de bonor. poss.* Sed quòd fauorabilior sit causa liberorum in successione parentum, cùm ad penè propria bona veniant *leg. 1. §. largius D. de success. edict. l. vlt. D. de bon. damnat.* faceréntque patris testamentum ipso iure nullum & iniustum per præteritionem si non essent emancipati *leg. non putauit* 8. *& pass. D. de contr. tabul.* quod de patrono siue præterito, siue succedente non perinde tractari potest. Porrò in proposita specie licet iam adita esset hereditas per Titium institutum in castrensibus, Non tamen videbatur aditio illa sufficere ad inuitandum patronum vt exinde posset petere bonorum possessionem contra tabulas, quia nec facere poterat vt contra Titium qui adierat ea bonorum possessio peteretur, cùm non esset institutus ille nisi in castrẽsibus bonis, quorum ratione certum est non magis bonorum possessionem illam posse competere, quàm querelam inofficiosi testamenti *d. l. 3. §. patronus D. de bon. libert. l. 1. §. est & alius casus D. si quis à parent. manum. sit. l. de inofficioso 9. & l. vlt. C. de inoffic. testam.* Ergo cùm Sempronius nondum adiisset contra quem solum peti bonorum possessio poterat, magis esse videbatur vt nõ dum ad petendam illam admitti patronus deberet pro bonis paganicis in quibus fuerat Sempronius institutus. At ex altera parte mouebat pro patrono quòd cùm iam adita esset hereditas à Titio quamuis non nisi ratione bonorum castrensium, Ex eo tempore certum erat non posse libertum facere omnino exitum intestati. Neque enim potest intestatus dici qui vel vnum ex testamento heredem habet. Itaque quamuis in eo esset Sempronius, vt delatam sibi bonorum paganicorum hereditatem adhuc repudiare posset, cùm tamen ea res non posset facere intestatum libertum qui iam heredem ex testamento habebat Titium, frustrà videbatur id expectare cuius euentus nihil operaretur *l. si quis ita scripserit* 35. *D. de hered. instit.* Præsertim cùm ratio iuris suaderet vt si Sempronius institutionem suam omittere quàm agnoscere mallet, eius portio adcrescere Titio deberet tanquam coheredi, vt ita non minùs paganica quàm castrensia bona ad eum pertinerent, ex iure communi tam prætorio quàm ciuili, ex quo non petentium partes petentibus adcrescunt *l. vnic. C. quand. non petent. part.* Nihil ergo causæ subesse videbatur, cur non statim permittendum esset patrono vt peteret bonorum possessionem contra tabulas liberti adita iam per Titium hereditate: Papiniani tamen aliud iudicium est, nondum patrono natum esse ius petendæ bonorum possessionis contra tabulas *magis nobis placebat*, inquit, *nondum patronum possessionem contra tabulas petere posse.* Sed cur ita sentiat non tam citò aperit:

Subiicit enim *verùm illa quæstio interuenit, an omittente eo qui reliqua bona accepit, perinde Titio adcrescant, acsi partem eiusdem hereditatis accepisset.* Sensus est, primam illam quæstionem de iure bonorum possessionis contra tabulas ex alia pẽdere quæ priùs discutienda est. Acsi diceret quæstionem in eo esse: Vtrum omittente Sempronio qui ex reliquis bonis omnibus fuit institutus, & nolente illo hereditatem adire, perinde adcrescant Titio bona cætera, ac si ageretur de vna eadémque hereditate plurib. data. In proposito enim duæ quasi duorum hominum hereditates esse intelliguntur, cùm miles heredem vnum instituit in bonis castrẽsibus, alium verò in paganicis, *l. si certarum 17. §. 1. D. de testam. milit.* quia diuisum est per constitutiones patrimonium *l. heredes 25 §. 1. D. famil. erciscit.* Itaque non partem eiusdem hereditatis videtur accepisse Titius, sed aliam prorsus hereditatem quàm quæ Sempronio data fuit, & similiter non videtur Sempronius institutus aliqua ex parte eiusdem hereditatis quæ Titio data fuerit, quomodo contingeret si ab alio quã milite factum esset testamentum. Tunc enim ambo semisses iure haberent, vt idem Papinianus respondit *in l. qui non militabat 78. D. de hered. instit.* quia non plures hereditates esse viderentur, sed vna eadémque vnius & eiusdem hominis hereditas. Ideo nimirum respõdet Papinianus ad posteriorem hãc quæstionem incidenter interpositam, Verius sibi videri iure intestati deferri bona cætera, id est aditionem à Titio factam bonorum castrensium, non impedire quominùs Sempronio institutionem suam repudiante bona militis omnia paganica iure intestati deferantur, tanquàm si neque pro castrensibus adita ex testamento hereditas fuisset. Cui verò deferuntur ab intestato bona militis cætera? Non alij vtique quàm patrono, cui hoc casu competit ex edicto prætoris bonorum possessio ab intestato, cùm nullos libertus reliquisset liberos qui patronum excludere potuissent. Et ita Paulus quoque scribit apertiùs, tractans de milite liberto qui æquè duos heredes instituerat, quorum alter omiserat hereditatem *in leg. si duobus 37. D. de testam. milit.*

ERROR SECVNDVS.

De legitima hereditate militis liberti pro qua parte decessit intestatus, & an competat bonorum possessio vnde legitimi.

VERVM hîc illa non inelegans inspectio occurrit, Cur dicat Papinianus bona cætera deferri ab intestato, non etiam *hereditatem* ipsam? Nam si verum est, vt est, quod Papinianus supponit, aliam videri planéque diuersam hereditatem in qua Sẽpronius institutus fuit ratione bonorũ nõ castrensiũ, quid obecro impedit quominùs re ad intestati causam deducta per repudiationẽ Sẽpronij perinde succedat patronus liberto intestato, & sine liberis defuncto, & quidẽ ex lege duodecim tabularum, acsi nullum testamẽtum factum esset. Lex enim duodecim tabularum illa fuit quæ iam olim patronos ad legitimas libertorum hereditates vocauit, si quando & intestati & sine suis heredibus morerẽtur, vt Iustinianus refert *in Instit. tit. de succeff. libert.* Constat autem in legibus duodecim tabularum intestatos dici etiam eos qui testamẽtũ fecerunt

Digitized by Google

fecerunt si modò non sit adita ex testamento hereditas, quamuis magis propriè intestati dicantur, ij qui cùm possent testamentum facere, nullum fecerunt *l.1. D. de suis & legit.* sed respondendum est: Non posse in casu nostro libertum dici intestatum eo fine, vt ipsius legitima hereditas pro bonis paganicis ex lege 12. tab. patrono deferatur. Cùm si ius illud inspicias quod ex legibus duodecim tabularum obtinuit, non possit intestatus dici libertus qui nõ solùm de bonis suis omnibus testamentũ fecit, sed etiã heredẽ testamentarium habet in castrẽsibus, adita per Titium hereditate qui ex castrensibus fuerat institutus: Adeò vt solo eo iure inspecto dubitandum non sit, quin ius etiam adcrescendi locum habere deberet in persona Titij, nec minùs in militis quàm in alterius testatoris cuiuslibet hereditate. At vt in proposita specie post aditam quoque à Titio castrensem hereditatem ex testamento militis, nihilominùs intestati successio locum habeat in bonis paganicis, fit ex constitutionibus Imperatorum quæ legem duodecim tabularũ secutæ sunt, longo temporum interuallo, & diuisionem illam patrimoniorum, ac diuersitatem hereditatum induxerunt *d.l. heredes 25. §. 1. famil. erciſc.* Post quas constitutiones, cœperunt milites testari, adeóque factionem habere testamenti, non iam à lege duodecim tabularum vt cæteri ciues Romani ex verbis illis generalibus *Paterfamilias vti ſuæ rei legaſſit, ita ius eſto l. verbis legis 120. De verb. ſignific.* quàm ex ipsis constitutionibus quæ militibus testandi quomodocunque velint & quomodocunque possint facultatem dederunt *l. 1. l. Diuus Traianus 24. & paſſ. D. de teſtam. milit. l. 3. & l. milites 15. C. eod.* Proinde quãuis apud Papinianum negari non possit quin bona defuncti militis non castrensia repudiante Sempronio deferantur iure intestati. Fatendum tamen est vt non ideo hereditatem militis vllam posse intelligi in bonis illis non castrensibus. Non enim hereditas esse potest, quin vel testamentaria dicenda sit vel legitima, quæ summa hereditatum omnium diuisio est *l.1. D. de hered. petit. l. lege obuenire 130. De verb. ſignific.* Atqui hæc qua de agimus licèt ab initio delata fuerit Sempronio ex testamento, & ideo potuerit dici testamentaria, postea tamen talis esse definit per repudiationem Sempronij, per quam fit vt quod ad bona illa paganica pertinet, testamentum militis destituatur. Nec idcirco tamen ex testamentaria potest fieri legitima cùm non ex lege duodecim tabularum, aut qua alia, sed ex constitutionibus, quæ licèt non minorem quàm leges vim habeant, leges tamen non sunt sed supra leges, ideóque à legibus passim separantur, totóque iure nostro aliud est succedere ex legibus, Aliud verò ex constitutionibus. Non igitur possit quis bene dicere in Papiniani specie vllam esse militis hereditatem legitimam: Ac multò minùs, Patronum heredem liberti sui defuncti legitimum esse posse. An verò saltem legitimorum bonorum possessorem? Ne hoc quidem. Testamentum enim à milite factum, & per Titij aditionem in bonis castrẽsibus confirmatum impedit non solùm ne lex duodecim tabularum qua parte de successione intestati locuta est possit vllo modo se interponere, sed etiã ne possit fieri locus bonorum possessioni quæ ab intestato defertur à Prætore ex capite Vnde legitimi. Neque enim aliis defertur illa, quàm qui vel ex lege duodecim tabularum vel ex qua alia, vel ex aliquo senatusconsulto ad legitimam hereditatem vel ad bonorum possessionem vocantur *l.1. l.2. §. vlt. l.3. & paſſ. D. vnd. legit.* In quo numero esse nemo potest cùm miles siue de castrensibus bonis tantùm, siue de toto patrimonio testatus, heredem ex sic

testamento habet Titium in castrensi hereditate. Reliquum igitur est, vt bona illa dici debeant, quomodo eleganter ac disertè suo more Papinianus loquitur, non hereditas, & vt quamuis in bonis non castrensibus ab intestato succedatur, non tamen legitima vlla intestati successio vel bonorum possessio sit, sed proprio quodam ac speciali iure deferri eam à Prætore necesse sit. Propter quam causam rectè Paulus quoque *in d.l si quis duobus* 37. *D. de testam. milit.* sic loquitur, vt dicat competere hoc casu patrono ab intestato bonorum possessionem. Non dixit *legitimam*, aut melius *vnde legitimi* sed *ab intestato*, nec *iure legitimo*, sed *iure intestati* quod longè diuersum est. Omnis quippe bonorum possessio, quę defertur ex capite, Vnde legitimi ab intestato est, sed non vicissim omnis bonorum possessio quæ ab intestato est, defertur ex illo edicti capite Vnde legitimi: vt neq; ex illo Vnde liberi, aut ex alio Vnde cognati. Quid ergo est? In patrono quidem res non habet dubitationem quin admittatur proprio quodam iure ex illa parte edicti qua specialiter cauit Prætor de bonis & successione libertorum. Patronis enim consuluit prætor deferendo iis bonorum possessionem non solùm contra tabulas si forte facto testamento præteriti essent, sed etiam ab intestato si intestatos, eos mori contingeret, quia lex duodecim tabularum plus æquo fauerat patronis, vocando eos ad legitimam liberti hereditatem, si modò is absq; suo herede defunctus esset, tametsi liberos emãcipatos reliquisse proponeretur. Quomadmodum è contrario minùs iis fauebat, quàm oporteret, in eo, quòd suos heredes quoslibet, id est etiam adoptiuos patrono præferebat, atque ita in liberti potestate relinquebat vt adoptionis commento patronum à quo tãtum beneficium acceperat, omnino excluderet, quod apertè iniquum erat vt ratiocinatur Iustin. *in dict. tit. De successi. libert.* Propter quas causas lic legem duodecim tabularum temperari æquum fuit, vt vna ex parte ius patroni à prætore augeretur, ex altera verò minueretur, Proposito in eam rem proprio ac speciali edicto ad deferendam patrono bonorum dimidiæ partis possessionem contra tabulas liberti eo casu quo libertus vel nullos vel non nisi exheredatos liberos reliquisset, Aut ab intestato assis totius si testamentum nullum factum probaretur. Quamquam non nego potuisse patronum tanquam legitimum petere bonorum illam possessionem ab intestato & ex capite Vnde legitimi, sed eo demùm casu quo iex 12. tab. locum haberet, ac totorum bonorum illa possessio esset, vt Iulianus loquitur *in l. si libertus* 23. *hoc eod. tit.* Sed hoc contendo, si quando eueniat, vt pro parte testatus libertus, & pro parte intestatus decedat, quod euenit in liberto milite qui in castrensibus bonis heredem instituit Titium à quo sit adita hereditas, & *in paganicis* Sempronium, qui hereditatem adire noluerit, Non posse vllam liberti huius legitimam hereditatem intelligi: Quod neque dici possit hereditas quæ non vniuersa bona complectatur, neque legitima quæ nec ex duodecim tabulis, nec alia vlla ex lege deferatur, sed tantum ex constitutionibus, quæ ideò non de hereditate locutæ videntur sed de bonis duntaxat, & de patrimonio militis vt coniicere licet *ex d. heredes* 25. §. 1. *famil. ercisc. & d. l. si miles* 6. *D. de testam. milit.* & ex hoc ipso §. quem nunc tractamus. Et consequenter dico non posse hoc casu admitti patronum tanquam legitimum ad bonorum possessionem ab intestato & ex capite Vnde legitimi, sed necessarium ei esse auxilium prætoris ex edicto illo De bonis & successione libertorum; Ex quo posset etiã petere bonorum possessionẽ si vellet illo quoque

casu

casu quo diximus admittendum eum esse vt legitimum, id est quo possit dicere se vocatum ad successionem liberti ex lege duodecim tabularum, quod contingit quoties libertus vel ab initio, vel ex postfacto decedit intestatus in totum, nullis suis heredibus, neque adoptiuis, neq; maturalibus relictis, vt in specie *d.l.si libertus*. Nihil enim vetat in eodem casu competere bonorum possessionem etiam ab intestato ex pluribus partibus edicti, Vt apparet ex *l. generaliter 3. D. vnd. legit.*

ERROR TERTIVS.

Quo iure succedatur ingenuo militi pro qua parte decessit intestatus.

AT difficilius est si in milite non liberto talis species contingeret vt heredem ex testamento haberet Titium in bonis castrensibus, in paganicis verò nullum, ita vt dubitari nó posset quin decessisset intestatus quantum ad bona paganica, quonam demum iure posset ab intestato in paganicis militi succedere is, qui tùm proximior agnatus inueniretur. Si enim verum est quod diximus non posse hoc casu legitimam militis hereditatem vindicari ex lege 12. tab. quæ scilicet nullam pro parte legitimam hereditatem agnoscit, neque bonorum possessionem peti ex capite edicti Prætoris Vnde legitimi, quia bonorum illa possessio non alij competit, quàm qui vel ex lege aliqua vel ex senatusconsulto vindicare hereditatem iure ciuili posset *l. 2. §. vlt. eod. tit. Vnd. legit.* Nec denique aliam bonorum possessionem agnosci ex edicto, De bonis libertorum, quia miles libertus non fuisset, difficile sanè est dicere. Quo igitur iure in bonis illis paganicis ab intestato succedere proximus agnatus possit. Eademq; dubitatio erit, si ponas militem nõ separasse in institutione bona castrẽsia à paganicis, sed tantùm duos ex semissibus eiusdem assis heredes instituisse, quorũ alter adierit, alter repudiauerit, vt in specie *d.l. si duobus* 37. *D. de testam. milit.* Nisi quòd lex illa de milite liberto loquitur. Nos de ingenuo nunc tractamus. Non enim constitutiones diuidunt omni casu patrimonium militis in tot hereditates, quot sunt heredes, sed eo tantùm casu quo & testatus ille sit, & testamẽto suo castrensia bona à paganicis distinxerit & ex testamento vtraque hereditas adeatur *d.l. heredes. §. 1. l. si certarum* 17. *in princ.* iunct. *§. 1. D. de testam. milit.* Existimo posse responderi, Dandam hoc casu à Prætore bonorum possessionem ex capite illo edicti quo ex legibus, & senatusconsultis eam se daturũ pollicetur *l. vnic. D. vt ex legib. & senatusc. bonor. possess. det.* Etsi enim verba edicti non nisi de legibus, & senatusconsultis loquuntur, Quidni tamen perinde locum habeant si quando ex constitutionibus bonorum possessio deferatur? Nec enim cõstitutiones minorem vim habent, quàm leges & senatusconsulta, licèt neq; leges, neque senatusconsulta sint, sed tantò maiorem quòd sunt & supra leges & supra senatusconsulta: Nec proinde minùs æquum est Prætorem subsequi Principum & constitutionum Principalium quàm legum voluntatem *l. nec non* 28. *§. quoad eius D. ex quib. caus. maior. l. cùm sponsus* 12. *§. si res D. de Public. in rem act.* Eiusq; bonorum possessionis exemplum elegans est à nobis aliàs non semel allatũ & explicatum *ex l. posthumus* 12. *D. de iniust. rupt. & irrit. fact. testam.* Dices fortasse

Digitized by Google

Admisso etiam eo vt ex illa parte edicti danda sit bonorum possessio ex cõstitutionibus perinde atque ex legibus,& senatusconsultis,Non aliter tamen posse competere quàm si ex constitutione aliqua nominatim bonorum possessio deferatur,vt disertè scriptum est *in d. l. vnic. in fin. ill. tit. vt ex legib.& senatusc. bonor. poss det.* Porrò nullibi scriptum esse,quòd principalibus constitutionibus circa militum testamenta factis cautum sit,vt si miles pro parte testatus,& pro parte intestatus decederet, bonorum possessionem ab intestato dare Prætor deberet.Verùm facilis responsio est,Ex eo quòd huiusmodi constitutiones intestati militis non hereditatem sed bona deferunt, quemadmodum Papinianus loquitur in hoc §. apparere satis deferri per eas bonorum possessionem.Bona enim quæ nec iure hereditario,nec iure peculij deferuntur, quomodo possent deferri, nisi delata bonorum possessionẽ? Addidi *nec iure peculij*,vt excludam eum casum quo agatur de filijfamilias militis intestati successione:Nam si filiusfamilias miles testatus sit de castrẽsi peculio,quod pro suo iure facere ex constitutionibus potest, habet vtique & hereditatem & heredem testamentarium,si modò adire scriptus heres velit:Sed si intestatus moriatur, neque hereditatem vllam habet, neque heredem,quamuis habeat successorem patrem occupantem bona filij omnia nõ petita vlla bonorum possessione,sed iure peculij *l.1.& 2. D. de castrens. pecul. l. filiusfamilias* 18. *D. ad leg. falcid.* Cæterùm vel ex eo maximè probatur,quod nos volumus, Non esse nouum,vt cuius hereditas verè est ex testamento, nulla tamen sit ab intestato, ac proinde vt ab intestato necessaria sit bonorum possessio quæ non est necessaria ex testamento. Nihil autem interesse an dicamus Militis intestati bona deferri ex cõstitutionibus,Aut deferri bonorum possessionem ab intestato, apparet non obscurè ex coniunctione responsorum Papiniani in hoc §. & Pauli *in dict. l. si duobus.* Nam quod Papinianus in hoc §.scribit militis intestati bona patrono deferri,Paulus *in d. l. si duobus*, sic effert vt dicat cõpetere patrono ab intestato bonorum possessionem.Eaq; interpretatio semper & necessariò capienda est quoties de bonis per legem aut constitutionem aliquam,aut per Senatusconsultum delatis agitur,nisi si quando bona tanquam vacantia, vel caduca fisco deferantur vt *in l. vlt. D. de succeff. edict.* aut fisco vindicentur,cuiusmodi ea sunt,quæ indignis auferuntur,*Ex tot. tit. De his quæ vt indign.* Ius enim fisci potentius est quàm vt egeat auxilio Prętoris,quo vtique priuati indigent ad succedendum,quoties hereditatẽ sibi acquirere iure ciuili non possunt.Nulla enim successio in toto iure nostro est, quam non sit necesse vel ciuilem esse vel prætoriam, si excipias successionem quæ fit per arrogationem,de qua Iustin. *in tit. De acquisit. per adrogat.* & illam quæ à Diuo Marco inducta est tuendarum libertatum causa de qua apud eundem Iustin. *in tit. seq. De eo cui libert. cauf. bon. addic.* quamquam hæc ipsa ciuilis est cùm sit ex Imperatoris constitutione. Denique hic casus de quo tractamus addendus est cæteris in quibus alibi scripsimus etiamnum esse necessarium vsum bonorum possessionis, manca scilicet iuris ciuilis & legitimi potestate.Sed pergamus ad reliquam Papinianei responsi interpretationem.

***

ERROR

ERROR QVARTVS.

De Papiniani ſententia in verſic. Titius igitur d. §. 1. l. filius 42. de bon. libert.

HIc verſiculus eſt, qui non tantùm Accurſio quod minùs mirandum eſſet, verùm etiam Iacobo Cuiacio in ſuis ad Papiniani quæſtiones Commentariis plus difficultatis habere viſus eſt, & in quo explicando ſi non erro ego, vterque ipſorum errauit. Papinianus igitur poſtquàm ſcripſit quod nos in præcedentibus explicauimus, Adita per Titium hereditate caſtrenſi, & repudiata per Sempronium inſtitutione bonorum paganicorum, deferri patrono iure inteſtati bona illa paganica, ſubiũgit, *Titius igitur heres non poterit innitare manumiſſorem, cùm Titio nihil aufe-atur nec bonis cæteris quæ nondum ad cauſam teſtamenti pertinent.* Quæ verba ſic Accurſius & Cuiacius acceperunt, quaſi referenda ſint ad caſum poſterioris quæſtionis, quo Sempronius in paganicis inſtitutus omiſerit, & repudiauerit hereditatem. Et hic primus error vtriuſque eſt. Nam præter id quòd dictio *igitur* non minùs Papiniano quàm cæteris prudentibus familiaris quoties poſt interiectã diſputationem aliquam redeunt ad priùs propoſitam quæſtionem, oſtendit ſatis reuerti Papinianũ ad priorem ſpeciem quæ erat de patrono volente contra tabulas liberti petere bonorum poſſeſſionem ſtatim poſt aditionem Titij, non expectata Sempronij aditione vel repudiatione. Apparet etiam id manifeſtiùs ex dictione *nondum* poſita in illis verbis, *quæ nondum ad cauſam teſtamenti pertinent.* Nam ſi eum caſum tractaret Papinianus, quo iam omiſſa & repudiata eſſet à Sempronio hereditas, non erat cur diceret ad cauſam teſtamenti nondum pertinere bona paganica, quæ pertinere amplius nunquam poſſent, neque quod ad perſonam Titij, qui in ſolis caſtrenſibus ita fuerat inſtitutus vt nullum ius adcreſcendi ſperare in paganicis poſſet, neque quod ad perſonam Sempronij qui ab adeunda hereditate quam ſemel repudiauerat, in perpetuum excluſus erat. Sed quia in propoſita ſpecie ſolus Titius adierat, Sempronius verò necdum adierat, nec repudiauerat, bene Papinianus vt id comprobet quod priùs dixerat, Nondum poſſe patronum petere bonorum poſſeſſionem contra tabulas, rationem congruam ſubiungit, quòd bona paganica de quibus ſolis dubitari & quæri poterat, nondum ad cauſam teſtamenti pertinerent. In eo quidem erant vt pertinere poſſent, nimirum ſi contingeret adiri hereditatem à Sempronio, qui tamdiu poterat adire, quamdiu nec repudiatione, nec tempore excluſus eſſet *leg. ſi curatoris 9. C. de iur. deliber.* Sed tamen nondum pertinebant, quia in eo quoque erant vt poſſent numquam pertinere, ſcilicet ſi Sempronius delatam ſibi eorum bonorum hereditatem repudiare mallet quàm adire. Porrò ad excludendam interim bonorum poſſeſſionem contra tabulas, ſufficiebat quòd nondum ad cauſam teſtamenti pertinerent, licèt adhuc pertinere quandoque poſſent. Nam cùm bonorum poſſeſſio contra tabulas vna ſit ex iis duabus per quas ſucceditur ex teſtamento vt Iuſtinianus noſter ſcribit *in titul. De bonorum poſſeſſion.*

Nempe quoniam is qui petit contra tabulas & rumpendo succedit, & succedendo rumpit, prius est vt bona quæ per eam possessionem auocare quis velit, ad causam testamenti pertineant, quàm vt eorum nomine bonorum possessio contra tabulas peti possit. Sensus igitur Papiniani est, Titium heredem scriptum in castrensibus non posse inuitare manumissorem, id est aperire viam ei petendæ bonorum possessionis contra tabulas liberti, quamuis adierit ipse castrensem hereditatem ex testamento, quoniam aditio illa non facit vt quicquam sit quod per bonorum illam possessionem patronus auferre possit, neque Titio qui nec habet nec habere potest ex eo testamento alia bona, quàm castrensia, quæ bonorum possessioni contra tabulas numquam sunt obnoxia, neque bonis cæteris, id est paganicis ex quibus fuerat scriptus heres Sempronius, quia nondum ad testamenti causam illa pertinent. Cùm autem nihil sit quod hanc nostram interpretationem magis adiuuet, quàm propria significatio dictionis *nondum*, tantò magis mirādum est, & Accursium & Cuiacium, quasi id consultò egerint, ne Papiniani sententiam assequi possent interpretatos esse *nondum* pro *non*. Nullo certè exemplo. Etsi enim *non* pro *nondum* quibusdam iuris locis vsurpatum legimus vt *in l. 2. D. si pars hered. petat. l. si filius* 16. *D. de liber. & posthum.* Contrà tamē *nondum* pro *non* scriptum esse nullibi reperias. Fefellit vtrumque quod putarunt, vt diximus, hunc versic. ad eum casum pertinere quem Papinianus proximè tractauerat, omissæ per Sempronium hereditatis. Cùm tamen redeat Papinianus ad priorem speciem de qua erat quæstio proposita, id est de Sempronio adhuc deliberante aut sibi delatam bonorum paganicorum hereditatem ignorante. Sed Accursium fefellit etiam vulgata lectio duobus locis corrupta. Primùm in verbis illis *adita est à Titio hereditas*. Sic enim vulgati codices habent *ab intestato adita est à Titio hereditas*. Quasi Titius in castrensibus bonis institutus, etiam agnatus proximus fuerit vt defuncti liberti hereditatem potuerit adire ab intestato. Vnde etiam est, quod in illis sequentibus *Titius igitur heres* putat Accursius tractari de bonis paganicis quę Titius possideat tanquam legitimus heres & ab intestato. Quod est ridiculum: Nam si poneres Titium adiisse castrensium bonorum hereditatem ab intestato, siue deliberante adhuc Sempronio de paganicorum hereditate vel adeunda vel repudianda, siue post factam ab eo repudiationem, Quęnam obsecro dubitandi causa esse posset propter quam videretur admittendus patronus ad bonorum possessionem contra tabulas liberti, quasi inuitatus per aditionem ab intestato factam à Titio? An fortè quisquam est qui suspicari possit solam hereditatis aditionem sufficere posse vt fiat locus bonorum possessioni contra tabulas? Aut qui nesciat illud omnimodo requiri vt hereditas adita sit ex testamento priùs quàm patrono ea bonorum possessio competat? Rursus si ponas Titium adiisse liberti hereditatem ab intestato, consequens statim fiet vt repudiante suam institutionem Sempronio bona paganica debeant adcrescere Titio etiam inuito, quia certum est in militis perinde ac in alterius cuiuslibet legitima hereditate ius adcrescendi posse locum habere, nec de militis voluntate, aut de iure singulari pro militibus constituto quærendum quicquam esse. Etsi enim miles qui in totum decessit intestatus duplicis generis bona reliquerit castrensia & paganica, non ideò tamen videri potest duas reliquisse hereditates, cùm diuisio illa patrimoniorum in totidem hereditates facta sit ex constitutionibus

in

Digitized by Google

in casum testati duntaxat non etiam in casum intestati. Denique interiecta illa & à Papiniano incidenter proposita quæstio, De Sempronio paganicam hereditatem ex qua scriptus erat omittente, quid haberet dubij, si Titius hereditatem castrensem non nisi ab intestato adiisse proponeretur? Cui enim alij quàm Titio possent adcrescere bona paganica per Sempronij repudiationem? & quo iure nisi intestati? Atqui Papinianus cùm ait quæstionem hanc interuenire, ostendit satis non carere illam dubitatione, Dubitationem porrò in eo esse, quòd videbatur deficiens portio Sempronij debere ex testamento adcrescere Titio, qui adita iam ex testamento castrensium hereditate adeò testamentũ confirmauerat, vt libertus exitum intestati facere amplius in totum non posset. Et tamen concludit Papinianus bona paganica intestati iure deferri, patrono scilicet vt suprà explicauimus, non Titio quem lex neque agnatum esse ponit, neque aliquem ex iis qui ab intestato succedere possint, quod tamen minimè omnium erat prætermittendum si de legitima successione illi deferenda Papinianus sensisset, Multo q; verisimilius est quod Cuiacius putat fuisse Titium hunc commilitonem testatoris, Quamquam ne id quidem necesse est, vt sequenti capite dicemus. Alterum vulgatæ lectionis mendum quod æquè Accursium fefellit, grauius est in iis verbis *Titius igitur heres non poterit inuitare manumissorem*. Habet enim vulgata lectio *euitare* pro eo quod Pand. Florent. *inuitare* Quorum verborũ sicuti prorsus cõtraria significatio est, ita & Accursij interpretationem necesse fuit cum Papiniani sententia pugnare. Sic namque Papinianum Accursius explicat vt Titius heres castrensium si tanquam ab intestato possideat bona paganica non possit euitare manumissorem, id est effugere quominùs conueniatur à manumissore siue per bonorum possessionem Vnde legitimi, siue per possessoriam hereditatis petitionem vt paganica bona ei restituat non tamen castrẽsia. Quasi verò castrensium bonorum priuilegium aliquod esse possit in persona illius qui cùm ex castrensibus institutus esset, maluit ab intestato adire hereditatem, Aut quasi tractari possit de bonorum possessione contra tabulas, cùm hereditas ab intestato possidetur. Quare nec huic interpretationi conuenire potest ratio quæ sequitur apud Papinianum *cùm Titio nihil auferatur* nec si addas eiusdẽ Accursij notam supplentẽ *ex bonis scilicet Castrensibus*, Non solùm quia Papiniani verba generalia generaliter quoque sic accipienda sunt vt Titio nihil penitus auferatur, id est non magis ex paganicis bonis quàm ex castrensibus cùm in solis castrensibus scriptus esset, Verum etiam quia quod nihil aufertur Titio ex castrensibus, non fit propter priuilegium bonorum castrensium quod hoc casu, vt diximus, nullum est, sed potiùs quoniam bonorum possessio contra tabulas de qua sola Papinianus tractat, nunquam datur contra eum qui ab intestato possidet hereditatem, Præsertim patrono cui nec aliter competit in bona liberti, quàm si hereditas liberti adita sit ex testamento, & quidem quantum ad illa bona quæ per bonorum possessionem contra tabulas peti possint. Quod verò sequitur apud Papinianum *nec bonis ceteris* ostendit satis eum casum tractari quo cætera bona non ad Titium sed ad quem alium pertineant. Alioqui etiam Titio auferretur quod ex paganicis auferretur, si Titius etiam paganica possideret. Et tamen ponit ista Papinianus tanquam diuersa *cùm Titio*, inquit, *nihil auferatur*, *nec bonis ceteris*.

Qua de causa fortassis factum est vt hoc quoque loco vulgaris lectio corrupta sit quæ habet *cùm Titio nihil auferatur in bonis cæteris.* Omnino malè. Esset enim manca & mutila ratio per quam probandum fuit non competere hoc casu bonorum possessionem contra tabulas liberti. Nam cùm testator duplicis generis bona reliquisset, castrensia quædam, & paganica altera, non aliter probari potuit bonorum possessionem contra tabulas liberti hoc casu dari non posse, quàm si probaretur neque in bona castrensia posse illam competere, quamuis ex testamento adita esset castrensis hereditas, neque in bona paganica quamdiu Sempronius paganicam hereditatem non adiisset. Prius tamẽ non magna indigebat probatione, cùm notissimi iuris esset bonorum possessionem contra tabulas nunquã dari in militis testati bona castrensia, ideóque satis fuit Papiniano hac parte ita scribere *cùm Titio nihil auferatur.* Nã & ipsa quæstio proposita hoc ipsum supponit pro vero. At posterius tanquam difficilius probandum fuit. Probatúrque ratione illa quæ sequitur in fine §. & quę iã à nobis explicata est, quod bona cætera, id est non castrensia, nondum pertineant ad causam testamenti quandiu nondum adita est à Sempronio hereditas ex testamento, licèt quod attinet ad castrensia iã confirmatum sit liberti testamentum per aditionem Titij. Atque hæc quidem sufficiãt aduersus interpretationem Accursij, cui sanè ignoscendum potiùs & miserendum, quàm succensendum est, qui in loci tam corrupti interpretatione laborauit. Sed illud mirãdũ magis, quòd vir doctissimus Iacobus Cuiacius feliciore natus seculo, & Florentinæ lectionis authoritate adiutus, Papiniani tamen sententiã non fuerit assecutus, nec animaduerterit Papinianum *in dict. versic. Titius igitur*, redire ad priorem quæstionem, post finitam illam quam dixerat interuenire, & quæ licèt posteriore loco proposita, attamen tanquam antecedens, & à qua prior pendebat priùs decidenda fuit, hoc est post priorem quidem propositam, sed ante ipsam decisam. Alioqui non tãquam interueniens, & interposita, sed tãquam subsequens quæstio tractari, nec inferi, sed subiici debuisset Et verò post quàm Papinianus dixerat, Omittẽte institutionẽ suã Sẽpronio, bona paganica deferri iure intestati patrono, fieri sanè non poterat vt subiiceret nisi perabsurdè quod sequitur *in vers. Titius igitur*, non inuitari eo casu patronũ per aditionem Titij ad petẽdã cõtra liberti tabulas bonorum possessionem. Tam enim id certum erat, quàm certum est bonorum possessioni contra tabulas nullum esse locum posse in bona castrensia, neque rursum ab intestato, & aduersus legitimum intestati successorem. Sed & in eo videtur errasse Cuiacius, quod *ex d. l. 1. C. de testam. milit.* addit duas illas exceptiones ad Papinianum quę ponuntur *in d. l. si nõ* Titius Sempronio substitutus sit: Aut nisi probetur voluisse libertus miles vt bona paganica repudiante Sempronio ad Titium peruenirent. Nec enim ista sufficerent ad inuitandum manumissorem ad bonorum possessionem cõtra tabulas liberti, nisi etiam illud concurreret, vt Titius omissam delatámque Sempronij portionem ad se pertinere vellet, eámque agnosceret: cùm necesse sit aditam esse hereditatem petitámq; bonorũ possessionẽ ab herede scripto priusquàm possit patronus petere cõtra tabulas. Aliáque est species quæ supradictas exceptiones duas admittit *in d. l. 1.* in qua scilicet non de bonorũ possessione cõtra tabulas agitur, sed de adcrescẽdi iure, quod habere volebat heres institutus in paganicis, cũ alius heres institutus in castrẽsibus hereditatẽ repudiasset, & cui nihil aliud obstabat, nisi q̃ de militis testamento agebatur

agebatur,in quo regulariter nō eſt locus iuri adcreſcēdi prēterquàm duobus illis caſibus,ſi alter alteri ſubſtitutus ſit,Aut ſi ea militis voluntas fuiſſe probetur vt iuri adcreſcendi potiùs quàm ſucceſſioni inteſtati locus eſſet, quemadmodum in ſuperioribus explicauimus.

ERROR QVINTVS.

De ſententia variiſq; interpretationibus l.2.C.de teſtam.milit.

HABET lex duas partes. Prior ponit inſtitutum à milite cōmilitonem in bonis tantummodò caſtrenſibus,Poſterior verò loquitur de extraneo herede ſcripto, ſed ita vt non aperiat an in caſtrenſibus tantùm ſcriptus ille ſit,an in ſolis paganicis, an in vtriſque, An deniq; ſimpliciter & indiſtinctè. Hinc variæ planéq; diſcrepantes noſtrorum ad hunc locum interpretationes. Prima eſt,Multùm referre,an in caſtrenſibus tantùm inſtitutus ſit à milite commilito,an extraneus.Priore caſu inſtitutionem factam in caſtrenſibus bonis nō trahi ad paganica. Poſteriore verò caſu,trahi, quaſi priore caſu miles videatur iure proprio ac militari inſtitutionem facere voluiſſe.Poſteriore autem, iure potiùs communi.Cui interpretationi fauet antitheſis illa quę eſt in verbis legis.Prior enim pars diſertè loquitur de commilitone inſtituto, Poſterior de extraneo.Item quòd ex qualitate perſonæ inſtitutæ poſſit non obſcurè coniici voluntas teſtatoris,vt ea tantùm quæ in caſtris quęſiit commilitoni in ſolis caſtrenſibus inſtituto reliquiſſe intelligatur, Quæ præſumptio nō ſimiliter capi poteſt inſtituto extraneo. Neque ab hac interpretatione videtur abhorrere vir doctiſſimus Iacobus Cuiacius ad illum Papiniani locum, de quo ſuprà diximus: Cùm probat laudatq; eos qui apud Papinianum adiecerunt verbum *commilitonem* quod eſt,inquit,*in l.2.C. de teſtam. milit.* Non alia de cauſa vt arbitror, quàm quia ibi Papinianus reſpondeat illud ipſum, quod reſcribitur in prima huius legis parte, Inſtitutionem factam in bonis caſtrenſibus, ad paganica trahi non oportere. Secunda interpretatio eſt, Nihil quidem referre an commilito, an extraneus à milite inſtitutus ſit, ſed tantùm diſtinguendum eſſe, an in caſtrenſibus inſtitutus ſit an in paganicis, vt ſcilicet bonorum caſtrenſium inſtitutio nunquā ad ſe trahat paganica, At paganicorū trahat caſtrēſia.Et ratio huius diſſimilitudinis illa affertur, quòd ſpecialis bonorum caſtrenſium facta mentio coniecturā præbeat verisimilē, Teſtari militē voluiſſe ex priuilegio militari,ex quo ſit inter cætera vt poſſit miles decedere teſtatus pro parte,& pro parte inteſtatus, quod non perinde ſuſpicari quis poſſit facta mētione paganicorū.Quidni enim potiùs credatur miles tāquā paganus teſtari voluiſſe,cùm de paganicis ſolis teſtatus fuit? Atqui nō nocet in pagani teſtamēto facta mētio certæ rei,aut certi generis bonorū,quominùs in vniuerſo patrimonio,& ex toto aſſe ſcriptus heres exiſtimetur.Ergo nec eò minùs inſtitutio facta in bonis paganicis trahetur ad caſtrēſia q̄ à milite facta ſit.Tertia interpretatio eſt,ſiue caſtrenſiū tantūmodò ſiue paganicorū bonorū heres ſcriptus ſit,& ſiue cōmilito,ſiue extraneus dūmodò à milite adhuc militāte (aliud enim reſpōdendū eſſet in veterano) nō trahi inſtitutionē bonorū caſtrēſiū ad paganica,neq; paganicorū ad caſtrēſia,

Sed vtroque casu heredem institutum ea tummodò habere bona, ex quibus institutus est, in cæteris de quibus miles specialiter non disposuit succedere legitimum heredem ab intestato. At si institutio non certorum bonorú facta sit, puta castrensium, aut paganicorum, sed simpliciter, eo casu succedi ex testamento in bonis omnibus. Propterea quòd simpliciter facta institutio etiam à milite trahenda sit ad omnia militis bona, haud aliter quàm si de testamento & hereditate pagani ageretur. Atque ita Saly cetus ad hanc legem expressim tradit. Quarta & postrema interpretatio fuit Baldi, hoc vnum sibi velle Imperatorem, Vt vna institutio non trahat aliam ad se, cùm ambo heredes sunt æquè principales, quod contingit eo demum casu quo vnus ex heredibus institutus sit in bonis paganicis, alius verò in castrensibus, licèt Baldus non explicet. Alioqui si testator vel de solis castrensibus, vel de solis paganicis disposuerit, non possunt videri duæ institutiones nec duo heredes æquè principales, cùm vna tantùm sit, nec ideò cætera bona de quibus testator non disposuit ad legitimum intestati successorem pertineant quasi miles in his tacitè illum instituisse videatur, quomodo dicere solemus in pagano *l. 3. in princip. l. conficiuntur* 8. *D. de iur. codicill. l. ab exheredati* 126. *de l gat. 1.* Sed quia cessante expressa militis dispositione, lex ita disponit. Mihi nulla ex omnibus interpretationibus iuris rationi conuenire videtur, nec verbis legis. Non prima, quoniam etsi lex ponit & commilitonem heredem institutum esse & in bonis tantummodo castrensibus, Non tamen ratione illa factum id videri debet quod aliud rescripturus fuerit Imperator si vel extraneus institutús, vel in bonis paganicis facta institutio fuisset, sed quia ex facto ita contigerat. Nam si poneres à milite scriptum extraneum in bonis tãtummodo paganicis, idem haud dubiè obtineret, vt paganica duntaxat haberet scriptus heres. Cætera verò bona omnia id est castrensia ad legitimum intestati successorem pertinerent. In omnibus enim militaribus testamentis ita ius est, vt qui ex certa re institutus fuit, aut in certo genere bonorum, nihil aliud ex testamento consequi possit, nec proprio nec adcrescẽdi iure, nulla hac parte facta distinctione bonorum paganicorum aut castrensium, vt probauimus in præcedentibus *ex lege si miles* 6. *& l. si duobus* 37. *D. eodem titulo.* Nec rursus existimandum est huius legis rationem petendam esse ex dictione *tantummodò.* Nam quod lex ponit commilitonem in castrensibus tantummodò institutum, non ita accipiendum est quasi testator in commilitone instituendo ex bonis castrensibus dictionem illam *tantummodo* adiecerit, concepta institutione in hunc modum: *Titius commilito meus in bonis tantummodò castrensibus heres mihi esto.* Sed Imperatorum verbum illud est significantium sic testatum militem vt non in aliis bonis, quàm in castrensibus commilitonem suum heredem scripserit. Nihil enim distat an miles ita dixerit *Titius in bonis tantummodò castrensibus heres esto*, an ita, *Titius in bonis castrensibus heres esto*, cùm semper in iis tantummodò scriptus esse intelligatur de quibus solis testator locutus est, sicuti nec quicquam refert an Titius ille commilito sit testatoris, an extraneus. Nam neque extraneus in castrensibus solis institutus alia bona esset habiturus quàm castrensia, non magis quàm commilito testatoris. Secundam verò interpretationem quæ non extraneum à commilitone distinguit sed bona paganica à castrensibus, neque ratio, neque lex vlla comprobare potest. Non magis enim castrensia, possunt accessoria esse paganicorum, quàm paganica castrensium. Nec aliud

sanè

Digitized by Google

ſanè reſcripſiſſet, Imperator etiamſi commilito in bonis paganicis ſcriptus fuiſſet, vt conſtat *ex l.1.eodem titu.* quæ eiuſdem Imperatoris eſt, & cuius tamen ſolius authoritate moti ſunt ij, qui hanc primùm diſtinctionem inuexerunt. Sic enim putarunt, Probari ex ea lege heredem à milite ſcriptum in bonis paganicis, poſſe ſuo iure petere caſtrenſia ſi hereditatem caſtrenſem heres in ea ſcriptus repudiauerit, niſi liquidò probetur militem noluiſſe caſtrenſia ad paganicorum heredē peruenire : Cùm è contrario Imperatorū ſit ſentētia non eſſe in illa ſpecie locum iuri adcreſcendi, ſi nō liquidò probetur teſtatorem bona quoque caſtrenſia ad paganicorum heredem pertinere voluiſſe. Neque verò ex bonorum differentia æſtimandū eſt an miles teſtari voluerit iure militari an cōmuni, ſed ex ſollennitatibus iuris cōmunis vel obſeruatis, vel neglectis. Et quamuis de bonis paganicis ſpecialiter & tantūmodò teſtatus ſit, non etiā de caſtrenſibus. Nulla tamē cauſa eſt cur eò magis videri debeat teſtatus iure cōmuni, quin potiùs hoc ipſo credēdus eſt teſtari voluiſſe iure militari, ſiquidē, vt diximus, eſt hoc vnū nec poſtremū ex priuilegiis militarib', vt poſſit decedere pro parte teſtatus, & pro parte inteſtatus, quod pagano nō ęquè permittitur, nēc quòd etiā paganus certę rei heredem inſtituere poſſit ad rē facit. Nō. n. valet eiuſmodi inſtitutio per paganū facta tanquam facta in certa re, ne alioqui fatendū ſit voluiſſe illum decedere pro parte inteſtatū, atque ita teſtari contra leges, ſed quoniā mētio illa certæ rei habetur pro nō adiecta, vt detracta fundi vel bonorum mentione inſtitutio valere poſſit tanquā facta ex aſſe *l.1.§.ſi ex fundo D. de hered.inſtit.l.quoties 15. C.eod.* Vnde fit vt qui à pagano inſtitutus eſt ex re certa, totā nihilominùs hereditatē obtineat, non etiam inſtitutus à milite, Nempe quia inſtitutio facta per militē ex rę certa, valet ex priuilegio militari eo modo quo facta eſt: Facta verò à pagano nō eo modo quo facta eſt, ſed quo fieri debuit, idque per iuris interpretationē vt fauorabiliter adiuuetur & ſalua maneat inſtitutio quę alioqui nō valeret *l.cùm quidā 19. D de libe. & poſthū.* Quis porrò non credat eo potiùs modo teſtari voluiſſe militē quo teſtari ſuo iure potuit, ita vt nullū iuris auxiliū habuerit implorandū, quam quomodo teſtari benè non potuit citra benignā iuris interpretationē? Credēdus igitur eſt miles quoties heredē ex certa re inſtituit teſtari iure militari potiùs q̄ cōmuni voluiſſe. Iā verò quod ad tertiā interpretationē attinet, quāquā negari nō poteſt quin ſit vera, fatendū tamē eſt verbis legis nullo modo eā conuenire. Nā neque prior, neque poſterior pars legis loquitur de inſtitutione ſimpliciter facta, ſed prior, vt mox dicemus, de inſtitutione facta in bonis caſtrēſibus, poſterior autē de illa quę facta ſit in bonis paganicis. Et certè parū elegans eſſet legis ſentētia, quæ moneret inſtitutionem ſimpliciter factam etiam à milite trahi ad bona militis vniuerſa. Cū dici nequeat quænā bona poſſet eiuſmodi inſtitutio cōprehendere, ſi non omnia comprehenderet. Sed fefellit Salycetum quòd poſterioris partis verba ſic habent: *Quòd ſi extraneum ſcripſit heredem*, nulla videlicet bonorum ſiue caſtrēſium ſiue paganicorum ſubiecta mētione: Quaſi verò ex antitheſi prioris partis, quæ de bonorum tantummodò caſtrenſium inſtitutione loquitur, non ſatis appareat poſteriorem de illo extraneo herede accipiendā qui non ſimpliciter inſtitutus ſit, ſed in eiuſdem militis bonis paganicis quæ ad legitimū inteſtati ſucceſſorē deuoluerētur, ſi nō alia inſtitutio facta proponeretur, quàm commilitonis in caſtrenſibus. Reſtat vltima quæ Baldi fuit interpretatio Inſtitutionem vnam non trahi ad aliā in di-

uersis heredibus æquè principalibus. Quibus verbis quid sibi Baldus velit difficile est dicere, si totius legis vtramque partem consideremus. Nam instituto per militē cōmilitone in bonis castrensibus, Extraneo autē in bonis paganicis duæ quidem erunt institutiones, sicut & duo heredes æquè principales, sed non de quibus possit dubitari, an vna institutio aliam ad se trahat, cùm lex non ponat repudiatam esse ab alterutro hereditatē, quā proinde ponendū est aditā fuisse vtrāque, & castrēsiū à cōmilitone, & paganicorū ab extraneo. Sed videtur Bald. eo, vt loquūtur, sūmario priorē tātùm legis partem cōplexus esse quæ habet, Milite sic testato vt castrensiū tantūmodo bonorū heredē cōmilitonē instituerit, cętera eius bona velut intestati defūcti, à matre iure possideri. Quasi eo casu quo miles de bonorū suorū tantūmodò parte testatur duas faciat institutiones, Vnā eius quē nominatim instituit, alterā verò legitimi heredis, etiāsi de eo nihil exprimat: Exemplo videlicet eius quod in pagano dici solet si quādo intestatus decedat, tacitè videri eū scribere heredē quisquis futurus illi est legitimus successor. Verùm iā monuimus, Militē qui ex certis tantùm rebus testamento sibi heredem scribit, nullā posse dici facere institutionē ab intestato, quia militis quoquomodo testati volūtatē tacitā lex neque supplet vnquā, neque adiuuat, neq; interpretatur, ne hoc ipso faciat cōtra militis voluntatem, quæ non alia fuisse creditur, q̄ quæ ab ipso expressa fuit. Itaq; legitimū militis successorē lex ad intestati successionē vocat nō tāquā tacitè scriptū, vt in legitima hereditate pagani, sed tāquā nullomodo institutū. Non sunt igitur duæ institutiones vna expressa & altera tacita, nō magis quàm expressa duplex, licèt sint duo heredes æquè principales, Vnus testamētarius, alter legitimus, quia vnū heredē institutio testatoris fecit, Alium facit dispositio legis. Dicendum igitur est legis nostræ sententiā eam esse, vt in proposita specie distingui oporteat, Vtrum miles cōmilitonē in bonis castrensibus tantummodò heredem scripserit, An verò etiā extraneū in bonis paganicis: Vt priore casu bona eius paganica quæ ad testamentariū heredē in solis castrēsibus institutū pertinere non possunt, ad solā defuncti matrē tanquā ad legitimā heredem ab intestato pertineant. Si autē etiā in paganicis illis extraneum heredem scripserit, ísque adierit hereditatem, non alius quàm extraneus heres ille paganica bona petere possit. Quo quid certius? quid apertius? quid denique verbis legis conuenientius? Nam quod initio legis ponit Imperator in castrensibus tantummodò institutū fuisse commilitonem, haud dubiè sic accipiēdū est vt nō tātùm in solis castrēsibus cōmilito institutus sit, ad differentiā paganicorū, sed etiā solus ipse, id est, nullo addito coherede. Cui consequens est posteriorē distinctionis partē sic accipi debere, vt è contrario ponendū sit institutū cum cōmilitone extraneū, & quidem in paganicis bonis sicuti commilito institutus fuit in castrensibus. Ita enim fit plena & absoluta antithesis, oppositā institutione extranei institutioni cōmilitonis, & institutione bonorum paganicorū institutioni castrensiū: Vt appareat bona paganica, quæ in priore distinctionis parte dixerat Imperator ad matrē tāquā legitimā heredē pertinere, ad extraneū in iis scriptū peruenire debere. Non enim de castrensibus apud Imperatorē quærebatur, cùm dubitari non posset quin ad cōmilitonem in iis institutum pertinerent, sed tantùm de paganicis, quæ cùm deferri commilitoni non posset, necesse erat vel ad matrē tāquā legitimam heredē si nullus in iis scriptus heres fuisset, vel ad extraneū qui & in illis institutus esset, & adiisset, peruenire. Extraneū námq; lex intelligit

ligit eum qui neque commilito sit, neque legitimus intestati successor, cùm in præcedentibus & de commilitone instituto, & de legitima herede matre dictum esset. Tam certum autem illud est vt de eo dubitari probabiliùs possit quid causæ fuerit cur de iure tã aperto Imperator cõsuleretur. De quo tamẽ nemo disputat, vt neque de eo quid sibi velint postrema illa legis verba *bona eius in te transferri non iure desiderat*: quod tamen præcipuè fuit explicandum. Possit enim fortè quis existimare consultũ fuisse Imperatorẽ ab aliquo ex creditorib. militis defuncti quis pro debito bona sui quondã debitoris sibi addici postularet, vt *in l. pro debito 6. C. de bon. auth. iud. possid.* Sed nõ esset interpretatio probabilis. Quid enim attineret tractasse in tota lege de militis hereditate totiúsq; successionis iure si non nisi de creditoris iure quę rebatur? Quippe nihil cõmune habet ius creditorũ cum iure successionis, ne tũ quidẽ cùm testator miles pro arbitrio diuisit bona inter heredes instituẽdo heredẽ vnũ in bonis castrensibus, aliũ verò in paganicis, quia non potest ea diuisio creditoribus nocere quominùs id quod ab herede seruare non poterunt, ab alio consequãtur *l. si cert. 17. §. 1. in fin. D. de testã. milit.* Sed etsi vnus tantùm à milite scriptus fuisset heres in bonis omnibus, perinde potuisset illa quæstio proponi licèt nullo iuris colore, An militis bona in creditorẽ pro debito trãsferri oporteret, Nec heredũ pluralitas & patrimoniorũ diuersitas à milite cõstituta difficultatẽ augere potest, maiorémq; dubitandi causam vel colorẽ præbere. Cùm ergo Imperator illud potissimùm inspiciat, & distinguat, Qua ratione miles testatus sit in diuidẽdo patrimonio separandísq; bonis castrẽsibus à paganicis, Apparet aliud quiddã eum sensisse quàm quod ad nudum ius creditoris, seruandique crediti causam pertineat. Sic existimo, consultum fuisse Imperatorem ab illo ipso defuncti commilitone qui bonorum tantummodò castrensium heres scriptus proponebatur. Nam & legis inscriptio ostẽdit militẽ eũ fuisse qui consulebat Imperatorẽ: Qua de causa minùs mirandũ est de re parũ dubia fuisse consultationem ab eo propositam qui magis arma quàm leges scire debuerit, & cui iuris imperitia fuerit quodammodo pro peritia rei militaris. Credibile autem est, ita visum fuisse consulenti, vt quia & defuncti commilito fuisset & ab eo heres scriptus, in bonis licèt tantũmodò castrensibus, totã ideò hereditatẽ obtinere deberet, nõ tàm adcrescendi iure quàm ex priuilegio militari, Quasi fauorabiliores sint militũ heredes, si & ipsi sint milites, fauorabiliores etiã bonorũ castrensiũ institutiones quàm paganicorũ. Atque idcirco cùm nihil aliud precibus suis exposuisset nisi quòd à suo cõmilitone qui matrẽ superstitẽ reliquerat, heres scriptus esset, in bonis tantũmodò castrẽsibus, nõ expresso eo, An in bonis paganicis intestatus decessisset, an verò extraneũ in iis heredẽ instituisset, Peteretque transferri in se bona defuncti omnia etiã paganica, Rescribit Imperator nullo eũ iure id desiderare, Idque non tã distinctione adhibita, quàm dilemmate sic composito, quia siue de paganicis miles testatus non sit, pertinẽt illa ad legitimũ intestati successorẽ ac proinde ad matrẽ superstitem, Siue de iis testatus sit instituto herede extraneo, non ad aliũ quàm ad heredẽ ipsum institutũ peruenire debent, si modò is adierit hereditatẽ, Nullo igitur casu videri poterat cõmilito iure desiderare vt paganica bona prætextu castrẽsiũ in quibus scriptus erat in se trãsferrẽtur. Dices fortasse, dilẽma hoc non esse integrum & absolutum. Deesse namque casum illum, quo extraneus heres in paganicis institutus nolit adire hereditatem, siue metu æris alieni ad id

bonorum genus pertinentis, siue qua alia de causa (nec enim præscribendum est heredi, cur eam adire nolit hereditatem quam habeat pro suspecta *l si in testam. 22. in fin. D. si quis omiss. caus. testam. l. quia poterat 4. D. ad SC. Treb.*) Quo vno casu certum est non adeò censeri illas quasi duas duorũ hominũ hereditates, vt non possint & debeant bona paganica peruenire ad heredem castrensiũ, vel contrà, vt vel totâ hereditatẽ aduersus creditores defẽdere cogatur vel totum soluere, vt scriptum est *in d. l. si certarum 17. §. 1. in fi. D. de test. milit.* Excluso scilicet legitimo intestati successore, quia licèt miles possit decedere pro parte testatus, & pro parte intestatus si velit, maximè verò ex postfacto, quod nec in paganis absurdum esse creditur *l. circa 24. D. de inoff. testam.* nulla tamen ex parte intestatus decedere voluit miles, qui in bonis suis omnibus heredes sibi scripsit. Sed facilis respõsio est, Consultò prætermissũ ab Imperatore hunc casum fuisse, quia cùm ex facto sic euenit, vt vnus ex heredibus institutionem suam repudiet, siue ob incõmodũ & onus emergentis iam æris alieni, siue ob periculũ & metũ latentis, vix est vt alius heres desideret adcrescere sibi eam partem hereditatis, quæ omittitur, quomodo in specie huius *l. 2.* miles in castrensibus institutus, desiderabat etiã paganica in se transferri, & ideò dicitur pars illa repudiata, eo casu adcrescere inuito nõ desideranti *d. l. si ceterarũ §. 1. in fin.* nisi quòd permittitur ei si malit castrensem hereditatem quã adierat, repudiare, quasi ex noua & improuisa causa, quam præuidere nec potuerit, nec debuerit, vt in specie *l. cùm hereditate 55. l. si minor annis 61. & l. pen. in fin. D. de acq. hered.* Nihil ergo causæ fuit cur hunc casũ exprimeret Imperator rescribens ad consultationem militis, qui cùm totã hereditatem habere desideraret, hoc ipso satis significabat opulentiorẽ eam esse quàm vt posset incidere casus ille repudiationis: Qui tamẽ nõ obscurè à contrario sensu expressus est in iis verbis *ipse adijt hereditatem.* Hactenus saltẽ ne dubitari possit, aliter rescripturum fuisse Imperatorẽ, si extraneus ille in paganicis institutus hereditatẽ repudiasset. Nẽpe iustũ eo casu foret desiderium militis qui scriptus heres in castrẽsibus etiã paganica in se trãsferri postularet: Quod porrò dici nõ posset si consulẽs alius fuisset quàm cõmilito ille qui in bonis tantũmodò castrẽsibus institutus proponebatur. Alio enim herede repudiante qui in solis paganicis scriptus fuerat nõ ideò trãsferri possent bona illa paganica in alterũ, quàm in heredẽ scriptum ex castrensibus, adeóque nec ad heredẽ inuestati, propter additionẽ iam semel ex testamento factam, quæ legitimum heredem in perpetuũ excluisset. *d. §. 1. in fin. l si certarũ.* Tantò igitur magis ex eo apparet verum esse quod dicimus consultũ fuisse Imperatorem à commilitone in castrensibus bonis instituto. Idcóque nec dubitandum est meo iudicio, quin scripserit & rescripserit Imperator *commilitonem te suũ*, addita dictione *te*, quæ si nõ deesset, longè facilior, & ea ipsa quam nos dicimus interpretatio cuilibet obuia pateret. Nec est quod quis putet idẽ visum fuisse Accursio quod nobis, vt in posteriore huius legis parte ponendum sit instituta heredem vnũ in bonis paganicis, & quidem extraneum, in castrensibus verò alium, vt ex glossa ipsius apparet in verb. *extraneum*, vbi scribit ille *in paganicis, Alium verò in castrensibus.* Euidens enim mendum est, & pro *alium* legendum *aliud*, vt constat ex præcedente glossa, adquam se refert eo loco Accursius, Dixerat enim separanda esse bona castrensia à paganicis, vt paganica possint ad se trahere castrensem hereditatem, non contrà: Quod nos suprà refutauimus.

ERROR

ERROR SEXTVS.

Quantum interſit an ex fundo aut per quotam, facta ſit inſtitutio à milite. an à pagano. Ad l. 3. C. eod. de teſt. milit.

HÆc quoque lex habet commune aliquid cum eo, de quo proximè incidenter tractauimus, An teſtatus miles in dubio credendus ſit iure militari teſtatus eſſe, an iure communi. Nam ex hoc potiſſimũ loco probare ſolent interpretes, Teſtamentum militis quantum fieri poteſt ſalua ratione recti ſermonis reduci ad ius cõmune: Neque aliam huius legis ſententiam eſſe arbitrantur, niſi quod addit Baldus poſſe idem teſtamentum valere tam ex priuilegio quàm de iure cõmuni, ex iis verbis huius legis *inſtitutio etiam iure cõmuni accepit auctoritatẽ*, Et rurſum, Teſtamenta omnia etiam militaria, interpretanda eſſe ſecundùm ius commune. Quæ omnia videamus, an non ſicut à ratione iuris abhorrent, ita & ab Imperatoris ſenſu, verbiſque huius conſtitutionis aliena ſint. De ſpecie legis inter omnes conſtat: Proponebatur Valerianus centurio teſtamento ſuo heredem ſcripſiſſe filiam ex duabus vnciis, vxorem verò ex vncia, nec de reſiduis portionibus quicquam ſignificaſſe, id eſt neque heredem in iis quẽquam inſtituiſſe, neque declaraſſe an quod ad eas pertineret, decedere inteſtatus mallet legitimóſq; habere ſucceſſores. Quærebatur quomodo eſſet diuidẽda hereditas inter ſcriptas heredes, & an reliquæ partes hereditatis de quib' miles nihil diſpoſuerat, legitimis ſucceſſoribꝰ tãquam ab inteſtato deferrentur. Dubitationem faciebat, quod cõſtabat militem teſtatum fuiſſe iure ac priuilegio militari, Militis autẽ priuilegium illud eſſe inter cætera vt poſſit decedere teſtatus pro parte, & pro parte inteſtatus. Itaque cùm as hereditarius ex duodecim vnciis conſtet, nec miles niſi de tribus vnciis diſpoſuiſſet, relatione tamen facta ad aſſem, per vnciarũ expreſſionem & deſignationem, quæ aſſis partes ſunt integrales, non abs re videri poterat eàm fuiſſe centurionis voluntatem vt ex duodecim vncijs duas haberet filia, tertiam vxor, reliquus dodrans ad legitimũ inteſtati ſucceſſorẽ peruenireꝰ: Quẽadmodum accideret ſi ex fundo Corneliano filiam, ex Liboniano vxorem heredem inſtituiſſet, nec de reliquo patrimonio quicquã cauiſſet. Nemo enim dubitaret quin cæteris in bonis omnibus deceſſiſſe inteſtatus videretur *l. ſi miles 6. l. ex militari 11. §. vlt. & legib. ſeqq. D. de teſtam. milit.* Contrà tamen reſcribit Imp. Antonin. Quamquam militum teſtamenta iuris vinculis non ſubiiciantur, cùm propter ſimplicitatem militarem quomodo velint, & quomodo poſſint ea facere his concedatur, Tamen in centurionis huius teſtamento inſtitutionem etiam iure communi accepiſſe authoritatem. Nam cùm paterfamilias, inquit, filiam ex duabus vnciis, vxorem verò ex vncia heredes cripſerit, nec de reſiduis portionibus quicquam ſignificauerit, in tres partes diuiſiſſe apparet eũ hreditatem, vt duas habeat quæ ſextantem accepit, tertiam quæ ex vncia heres eſt inſtituta. Idem ergo iuris hac parte eſt, inquiunt interpretes, in teſtamento militis quod in teſtamento pagani; Vt quia iure communi paganorum ſic diuidenda eſſet hereditas *l. interdum 13. §. 1. l. ſi ita ſcriptum 47. §. 1. D. de hered. inſt. eod. tit.* eadem diuidendi ratio & proportio in teſtamento militis ſeruetur. Hoc verò cur

ita? Nisi quia testamentum militis, inquiunt, reducitur ad ius commune quā-tū fieri potest salua ratione recti sermonis vt Baldus dicebat. Quòd si ita est planè non video, Cur nō æquè dicendum sit Milite sic testato vt ex fundo aliquo heredem scripserit, nec de reliquo patrimonio quicquam dixerit, totā hereditatē ad eum pertinere qui ex fundo scriptus sit, Quandoquidē iure cōmuni etiā in pagani testamento idē seruaretur: nec ratio recti sermonis repugnaret, quia licèt fundi appellatione tota hereditas nō significetur, fundi tamē mētio detrahitur ex ea institutionis formula *Titius ex fundo Corneliano heres esto*, qua detracta supersunt verba illa sola *Titius heres esto*: quibus rectè datur hereditas nec minùs à milite quàm à pagano. *l. 1. §. si ex fundo l. quotes 9. §. si duo & l. seq. eod. tit. De hered. instit.* Id nimirum præsentiens Salycetus, & vt obiectionem hanc effugeret, dixit separandam institutionem quam miles fecerit ex fundo aut ex alia certa re, certóve genere bonorū, ab ea quæ facta sit per quotā id, est per vnciarū distributionem. Nam institutionem illā quæ per quotā facta sit trahi ad bona cætera, non item illā quæ facta sit ex fundo. Sed quæro, hoc ipsū cur ita? An fortè quòd recti sermonis ratio nō repugnet quominùs sextātis aut vnciæ appellatione totus as significetur, repugnet autē ne fundi significatione cōprehendatur? At dici hoc nullomodo potest. Tā enim certum est appellatione vnciæ vel sextantis totū assem non significari, quàm certū est, certæ partis nomine totum non contineri *l. verbis similibus in fin. 7. D. de vul. & pup. subst. l. Lucius 78. §. quæ habebat in fin. D. ad SC. Treb.* Fateor virilis portionis appellatione interdū etiam totam hereditatem contineri vt Vlpianus noster scribit *in l. virilis 145. de verb. signif.* Sed aliud est de virili parte tractare aliud de parte simpliciter quæ ab initio sit certa. Virilis enim ab initiō prorsus incerta est, nec nisi per concursum certa constituitur. Idque inter legatarios vocatos ex virilibus partibus locus est iuri adcrescēdi *l. si duobus 16. §. vlt. de legat. 1.* cui tamen locus non est inter vocatos ex æquis partibus, qui ab initio certas partes habent *l. planè 34. § si coniunctim eod. tit. l. re coniuncti 89. de legat. 3.* Vt scripsimus *Decade 50.* Ratio igitur reddi nulla potest, cur institutio à milite facta per quotam trahi ad bona ipsius omnia debeat potiùs, quàm quæ facta est ex fundo. Quinimò si verum amamus maior ratio subesse videtur vt institutio ex certo fundo facta extendatur ad vniuersa testatoris bona quàm quæ facta est per quotam, quia fundi mentio, vt suprà diximus, detrahitur, & pro non adiecta habetur: At non similiter vnciæ aut alterius quotæ expressio, Vt ex eo apparet, quòd certis vncijs expressis adcrescunt cæteræ assis vnciæ de quibus nihil testator disposuit *dicta l. interdum §. 1. ex d. §. videamus.* Quæ tamen adcrescere nullomodo possent si vnciarum mentio iuris interpretatione ac potestate detraheretur, Cùm dici soleat ius adcrescendi simile esse alluuioni, quia deficiens portio non personæ adcrescit sed portioni *l. si Titio 33. §. 1. D. de vsufr.* Et ex hoc rursum intelligimus non esse bonam rationem quam adferre nostri solent cùm quæritur in testamento pagani. Cur institutio facta ex minore vnciarum numero quàm quæ assem impleant trahatur ad totum assem. Aiunt enim id fieri quoniam alioqui contingeret vt paterfamilias pro parte testatus decederet, & pro parte intestatus: Quòd si verè diceretur, vtique aliud iuris constituendum esset in testamento militis, quem nihil vetat decedere intestatum pro parte, Et tamen non ita est. Perinde enim diuiditur hereditas tota in tres partes si miles filiam instituerit, ex sextāte, vxorem

verò

verò ex vncia, atque si à pagano sic factum esset testamentũ vt hæc lex habet. Sed &, si ratio bona eiset sequeretur, sic testato pagano, vt plures quàm duodecim vncias inter heredes scriptos distribuisset transeundo ad dupondium, Nihil causæ fore cur partes quæ supra duodecim vncias essent, decrescere heredibus deberent pro rata, quomodo decrescere illas scriptum est *in d.l. interdum §. sed si excesserit & in §. & si plures Inst. eod. tit.* Nec enim verendum esset ne qua ex parte intestatus decederet, qui de pluribus quàm duodecim vnciis testatus esset, Et tamen nihil penitus interest an testator in distribuenda per vncias hereditate legitimum modum excesserit plures quàm duodecim vncias distribuendo, an pauciores distribuerit, Cùm vtroque casu as testatoris, id est quem sibi testator pro arbitrio finxit ex tot vnciis quot voluit, reuocetur ad assem iuris, qui duodecim vnciis completur, Eâdem duntaxat proportione seruata in asse illo iuris, quæ obseruata fuit in asse testatoris, ne quid contra eius voluntatem fiat. Nec minùs obseruatione dignum illud est, quod tamen pauci obseruant, quàm dispar ratio sit institutionis à pagano factæ ex fundo, & institutionis ab eodem factæ per quotam, adeóque si voles ex vncia. Etsi enim vtrique institutioni commune illud est vt trahatur ad totum assem, differentia tamen illa est, quod à pagano institutus ex vncia totam hereditatem reliquam obtinet iure adcrescendi, Non ille similiter qui ex certo fundo scriptus fuit. Nam cùm ea fundi mentio per iuris interpretationem detrahatur vt fauorabiliter adiuuetur & conseruetur institutio quæ alioqui non valeret, quemadmodum suprà diximus ex *d.l. 1. §. si ex fundo l. quoties). §. si duo & l. seq. D. de hered. instit. l. cùm quidam 19. De liber. & posthum.* non potest iure vllo adcrescendi egere ad totam hereditatem obtinendam heres, qui detracta fundi mentione non in alia re quàm in toto asse scriptus reperitur verbis illis generalibus quæ sola ex institutione remanent *Titius heres esto.* Neque sanè posset ius adcrescendi habere scriptus heres ex fundo, si fundi mentio non detraheretur, quia cùm portio non nisi portioni adcrescat, certum est fundum licèt hereditarium non esse portionem hereditatis, sed bonorum quæ sunt in hereditate, siquidem hereditas nomen iuris est non corporis *l. hereditas 50. D. de hered. petit.* Multóque minùs dici illud potest quod tamen interpretibus placet, Institutum ex certo fundo à testatore pagano hereditatem totam ideò duntaxat habere, Ne alioqui fatendum esset decessisse illum testatum pro parte & pro parte intestatum, Nam cùm benigna iuris interpretatione mentio fundi detrahatur, quomodo videri potest decessisse pro parte testatus is, qui heredem ex toto asse instituit? Aut si repliceṣ ob hoc ipsum detrahi mentionem fundi ne successio illa intestati pro parte inducatur, Dic sodes quomodo possit videri decessisse pro parte intestatus is, qui testamento suo non nisi ex fundo heredem scripsit? Imò verò fatendum est decessisse hunc omnino intestatum & in totum, quia nulla ex parte testatus dici potest qui de nulla hereditatis suæ parte disposuit, Iam autem diximus fundum ex quo aliquis heres scriptus est non hereditatis partem esse, sed bonorum. Ex quo illud etiam fit vt non nisi pro legatario habeatur si quis ei coheres adiectus sit, siue ex parte aliqua hereditatis, siue sine parte *l. quotes 13. C. de hered. instit.* Proinde si non placuisset prudentibus ex eiusmodi institutione facta in fundo detrahendam esse fundi mentionem, non idcirco absurdum illud euenisset, vt paterfamilias pro parte testatus & pro parte intestatus decessisse videretur, sed illud potiùs vt intestatus omnino decessisset qui testamẽtũ fecisset, Corruẽte

ſcilicet propter viciũ ſuũ inſtitutione *d.l.cùm quidam.* Vicium námque inſtitutionis eſt, & quidem maximum ſi quis ita heres inſtituatur, vt tamen ex nulla hereditatis parte ſcriptus inueniatur, & ob id neceſſaria eſt benigna iuris interpretatio vt viciũ inſtitutionis tollatur, & eo ſublato ſalua maneat inſtitutio, quẽmadmodũ ſi ex tẽpore aut ad tẽpus hereditas data eſſet *l.hereditas ex die* 34. *D.de hered.inſtit.* In eóque aliud elucet priuilegium militare quod ſi miles aliquem ex fundo heredem ſcripſerit, nec de reliquo ſuo patrimonio quicquã cauerit, nullũ inſtitutionis vicium eſt, valétque inſtitutio nõ detracta fũdi mẽtione, Ita vt is qui in eo fũdo ſcriptus fuit perinde ſit heres acſi ex re aliqua certa inſtitutus eſſet, eique dentur actiones tanquam heredi & quidẽ teſtamentario, licèt pro reliduo patrimonio miles inteſtatus deceſſiſſe intelligatur, vt eleganter ex Mæciano ſcribit Vlpianus *in l.cogi* 16. *§.ſed etſi miles ad SC.Treb.* vbi benè Haloãder monuit legendũ eſſe *ex certa re*, pro eo quod vulgò legitur *excepta re.* Ponit enim Vlp. eo loco differẽtiã inter militẽ & paganũ, quod cùm paganus hereditatem vel bona quæ ſibi ab aliquo obuenerunt, vel quę in aliqua regione habet, reſtituere rogat, ex Trebel. non tranſeunt actiones: At in militis teſtamento cõtrà reſpondetur, Nã ſicuti cõceſſum eſt, inquit, in litibus circa inſtitutionẽ ſeparare ſpecies bonorũ, Ita etſi per fideicõmiſſum ab inſtitutis heredibus id fecerit admittendũ eſt Trebell. Senatuſc. vt actiones transferantur à iuris ſucceſſore in iuris ſucceſſorem. Cùm igitur tanta ſit inter paganũ & militẽ differentia quod pertinet ad inſtitutionem ex certo fũdo factã, videamus an nõ etiam aliqua ſit, cùm inſtitutio facta eſt per quotã vt Salycetus loquitur, Nullã enim agnoſcunt interpretes, motí *ex d.l.3.C de teſtam.milit.* quæ inſtitutionẽ à milite ſic factam, ait etiã à iure communi accipere authoritatem, nec aliter fieri diuiſionem hereditatis inter filiam militis inſtitutam ex ſextante & vxorem ſcriptam ex vnica, quàm ſi à pagano factum eſſet teſtamentum. Et certè fatendũ eſt, nihil inter iſta differre ſi effectum rei inſpiciamus, quem ſolum ſpectant interpretes de iuris ratione parum ſolliciti, & hoc vno in quæſtione iſta decepti. Sed tamen puto ſi rationibus iuris agatur multùm referre an talis inſtitutio ex quota hereditatis facta ſit à milite an à pagano. Etſi enim cuilibet patrifamiliàs ſiue pagano, ſiue militi liberum eſt hereditatem ſuam in quot velit vncias diſtribuere, id eſt ſiue in plures, ſiue in pauciores quàm duodecim, ſi tamen paganus ſit, qui ex paucioribus vnciis heredes inſtituat, poteſtas iuris neceſſaria eſt, vt as teſtatoris ad aſſem ſollennem iuris reuocetur, vt apertè ſcriptum eſt *in dict.l. interdum* §. 1. quia non poteſt as teſtatoris aſſem iuris immutare, non magis quàm teſtator ipſe legibus derogare, ac facere ne in teſtamento ſuo leges locum habeant *vulg.l. nemo poteſt* 55. *de legat.* 1. At ſi à milite talis inſtitutio facta ſit, nulla iuris poteſtate opus eſt ad commutandum aſſem teſtatoris in aſſem iuris, quia nec habet derogandum legibus miles, qui earum vinculis cùm teſtatur, nullo modo coſtringitur. Itaque ſolum eum aſſem inuenimus quem teſtator miles pro arbitrio ſuo fecit, vt ſi de tribus tantùm vnciis diſpoſuerit nulla reliquarum facta mentione, non alius as hereditarius vllus eſſe intelligatur, quàm qui ex tribus tantummodò vncijs conſtet. Vnde fieri neceſſe eſt vt hereditas in tres partes diuidatur, quarũ duas ferat filia inſtituta ex ſextante, tertiã vxor ſcripta & vncia, vt lex ait. In quo obſeruandũ eſt non ita loqui Imperatorem, vt dicat filiam inſtitutã ex ſextante, videri ſcriptam ex beſſe, vxorem verò ex triente

quæ

quæ inſtituta fuit ex vncia, quod tamen contingeret in teſtamento pagani, Sed duas partes hereditatis ad filiam, tertiam ad vxorem pertinere, quoniam æquè commodè fit ea diuiſio hereditatis, conſtituto & cõſeruato aſſe quem teſtator miles fecit ex tribus vnciis, atque ſi filia ſcripta eſſet ex beſſe, vxor ex triente. Itaque nil neceſſe eſt vt tres vnciæ in quas teſtator totam hereditatẽ ſuam diſtribuit, redigantur ad duodecim: Quod in pagano neceſſe eſt non tam ad conſeruandam teſtatoris voluntatem, quàm ad tuendã iuris authoritatem, quę ſollennem illam aſſis in duodecim vncias diſtributionem induxit, & cui non magis derogare voluntas pagani poteſt, quàm cæteris ſollennitatibus à lege introductis: Adeò vt nec ſi aliis nominibus quàm quæ à iure præſcripta ſunt teſtator vſus ſit, quicquam proficiat, puta ſi vnum heredem inſtituerit ex prima parte hereditatis, ſecundum ex ſecunda, tertium ex tertia, & quartum ex quarta. Nam æquales partes hereditatis ad inſtitutos peruenĩet, quaſi teſtator appellatione numeri ſcripturę magis ordinẽ quàm modũ partibus impoſuiſſe videatur *l ſi quis heredes* 14. *D. de hered. inſtit.* Quòd ſi miles è contrario in plures quàm duodecim vncias hereditatem ſuam diſtribuerit, ſimiliter quidem eueniet, vt eaſdem hereditatis partes habeant inſtituti quas haberent ex teſtamento pagani, ſed tamen alia ratione, quia nõ habebunt per reuocationem & reductionem quæ fieri debeat ad ſollennẽ numerum duodecim vnciarum ex quibus as iuris conſtat, ſed perinde acſi as ille iuris ex tot vncijs cõſtaret, quot à milite diſtributę ſunt. Quare nec erit neceſſe vt iis qui ex duodecim prioribus vnciis ſcripti fuerunt quicquã decreſcat pro rata, nõ magis quàm vt paucioribus diſtributis quicquam adcreſcat pro rata: Quod vtrunque tamen in pagani teſtamento eueniret *d. l. interdum §. 1. & ſeq.* Hinc concludo, Non poſſe dici verè quod volunt interpretes, in ſpecie *d. l.* 3. *C. de teſtam. milit.* teſtamentum militare reduci ad ius commune & ex eo ſumere interpretationem. Valet enim iure militari & eo ipſo modo quo miles voluit, id eſt vi diſtributionis factæ à milite totius hereditatis in tres tantummodò vncias, haud ſecus acſi nullus alius eſſet as hereditarius, quàm qui ex tribus vnciis conſtaret. Neq; contrarium eſt quod reſcribit Imper. hanc inſtitutionem etiam à iure communi accipere authoritatem, Senſus enim eſt, Tãtò magis ratam eſſe debere militis volũtatem, quòd etiamſi à pagano facta eſſet talis inſtitutio, eandem quoque diuiſionem hereditatis fieri oporteret. At non excludit ea res quominùs alio iure cẽſeatur inſtitutio ſic à milite facta, quàm quę iiſdẽ verbis concepta eſſet à pagano. Nam inſtitutio quã paganus ex tribus tantùm vnciis feciſſet reuocanda primũ eſſet iuris poteſtate ad aſſem iuris, Vt deinde quæ plures vnciæ in aſſe iuris eſſent, iis adcreſcerent, quas teſtator præſcripſiſſet, quorum neutrum fit in inſtitutione facta per militem, quia ſcilicet poteſtas iuris nulla eſt in teſtamento militis, cuius nuda voluntas pro iure ſeruatur vt ſcriptum eſt *in l. 1. C. eod. tit.* Nec illud rurſum admitti poteſt, quod Salycetus dixit inſtitutionẽ factam à milite per quo tam trahi ad omnia ipſius bona. Nam quod lex ait in propoſito caſu diuiſam eſſe totam hereditatem in tres partes non fit per protractionem & iuris interpretationem aliquam, ſed ex propria vi & ſignificatione verborum quibus teſtator vſus eſt, ſi tractes de teſtamento militis: Secus ſi de teſtamento pagani.

ERROR SEPTIMVS.

De reciproca ſubſtitutione per militem facta, Ad l. in teſtamento 6. C. eod. tit. De teſtam. milit.

QVOD diſputauimus proximo capite, Reducendum non eſſe teſtamentum militare ad ius commune, nec ſi fieri poſſit ſalua ratione recti ſermonis, neque ex eo ſumere interpretationem debere, probari meo iudicio non malè poteſt *ex l. in teſtamento 6. C. eod. tit. de teſtam. milit.* vbi tractatur de ſubſtitutione reciproca per militem facta, qui filia ſua impubere ſcripta ex parte dimidia, fratre verò ex altera dimidia, ſubinde inuicē eos ſubſtituerat per vulgarem formulam, verbumq; illud commune *eóſque inuicem ſubſtituo*, vt *in l. iam hoc iure 4. D. de vulg. & pupill. ſubſt. l. quamuis 4. C. eod. tit. De impub. et alijs ſubſt.* Cumq; pupilla patri heres extitiſſet, poſtea verò intra pubertatē deceſſiſſet, ſuperſtite matre, itemq; patruo & eodē ſubſtituto, quærebatur ad quē hereditas pupillæ pertineret, An ad matrem ab inteſtato, an ad patruum & ſubſtitutū tanquam ex ſubſtitutione pupillari. Pro ſubſtituto facere videbatur conſtitutio Diui Marci, quæ induxit vt ſubſtitutio impuberi facta in caſum non aditæ hereditatis trahatur ad alterum & ſecundum caſum agnitę hereditatis, impubere, poſtquàm bonis paternis ſe immiſcuit, defuncto. Tracta enim eſt à Diuo Pio ea conſtitutio ad tertium quoque genus ſubſtitutionis, id eſt ad eum caſum quo nō tantùm impuberi ſubſtitutus vulgaris datus ſit, ſed etiam facta ſubſtitutio reciproca inter filium impuberem, datumq; ipſi coheredem: vt Vlpianus ſcribit *in d. l. iam hoc iure*. Etſi autē ſubiungit eo loco, ita hoc accipiendum eſſe, vt ſi pater duos filios impuberes heredes inſtituat, eóſq; inuicem ſubſtituat, in vtrumque caſum reciproca ſubſtitutio facta eſſe videatur, ſed ſi alter pubes alter impubes, hoc cōmuni verbo *eóſque inuicem ſubſtituo* fuerint ſubſtituti, in vulgarē tātummodò caſum facta videri debeat, ex alia Seueri & Antonini conſtitutione, quòd incongruens videatur vt in altero duplex ſit ſubſtitutio, in altero ſola vulgaris, In propoſito tamen nō videbatur ea Seueri conſtitutio nocere patruo, quominùs fratris filiæ impuberi etiam in pupillarem caſum ſubſtitutus intelligeretur, cùm potuerit miles teſtator ex priuilegio militari ſubſtituere directò fratri etiā poſt aditā ab eo hereditatē, perinde ad filiæ ipſi impuberi. Non quidē in caſum pupillarē, ſed in caſum aditę hereditatis, qua appellatione ſignificatur quid *generalius* quod etiā militarē caſum cōprehendat. Proinde nō erat verēdū in hac ſpecie ne abſurdū illud emergeret qđ cōſtitutioni Seueri cauſam dedit, vt in vnius perſona duplex eſſet ſubſtitutio, in alterius verò, ſimplex: Æquè enim duplex eſſet in perſona fratris, vna ſcilicet vulgaris, altera militaris, ſicut in perſona pupillæ vna vulgaris, & altera pupillaris. Sed tamen cōtra ſubſtitutū reſcribit Imp. Alex. pro matre, Nō fauore vllo matris vt quidā ex interpretibus putāt, (nec enim aliud in agnato quolibet alióve legitimo ſucceſſore reſcribendū fuiſſet) Sed quia ſupradictæ cōſtitutiones omnes ad paganorū dūtaxat teſtamēta pertinēt, nō etiā ad militū voluntates, in quibus neq; leges, neq; cōſtitutiones Principū aliæ locum habent, quàm quæ militibus permiſerūt teſtari quomodo poſſint, & quomodo velint vt nuda militis voluntas pro iure ſeruetur

uetur ſicuti ſcriptum eſt *in l.1.in fin.eod.tit.* Idque apparet manifeſtè ex antitheſi verborum quibus Imp.vſus eſt in priore,& poſteriore parte legis. Sic enim initio legis ſcribit *In teſtamento quidem eius qui miles non fuit.* In poſteriore autem parte *Sed cùm ex teſtamento militis controuerſiam eſſe proponas*: & hic quidem ſicut primus,ita præcipuus interpretum noſtrorum omnium error eſt circa legis huius explicationem.Putant enim legis ſenſum hunc eſſe vt ſubſtitutio breuiloqua facta perſonis imparibus contineat vulgarem tantùm,non etiam ſubſtitutionem quam teſtator facere poterat ex priuilegio ſpeciali,niſi de eius voluntate probetur.Quæ Bartoli verba ſunt legis huius ſummarium proponentis.Itaque non dubitant quin aliud reſcripturus fuerit Imperator & reſcribere debuerit,ſi reciproca illa ſubſtitutio à milite facta eſſet perſonis paribus, id eſt duobus filiis impuberibus , quorum alter poſt agnitam patris hereditatem impubes deceſſiſſet.Quid verò ſi non filiã, ſed duos extraneos heredes ſcripſiſſet miles , eóſque inuicem ſubſtituiſſet, An reciproca illa ſubſtitutio non modò vulgarem,ſed etiam militarem caſum contineret? Videretur hoc conſequens interpretationi Bartoli & cæterorum,quia ſubſtitutio eo caſu facta eſſet non imparibus perſonis ſed paribus,& quibus æquè militariter in caſum quoque aditæ hereditatis ac vulgariter ſubſtituere miles potuiſſet.Denique ſi voluntas militis ea fuiſſe probetur vt in breuiloqua ſubſtitutione contineretur illa etiam ſubſtitutio quã teſtator facere poterat ex priuilegio ſpeciali,non dubitat Bartolus quin dicẽ dum ſit potiores ſubſtituti quàm matris partes fore in pupillæ hereditate vindicanda,eámque eſſe ſententiam legis in poſtremis illis verbis *ſed tibi probandum eſt an ita frater tuus ſenſerit.* Quæ tamen omnia quàm falſa & abſurda ſint,facile eſt vel ex ipſis legis verbis animaduertere. Nam tametſi breuiloqua illa ſubſtitutio duobus filiis impuberibus à patre milite facta eſſet, non ideò tamen aliam ſubſtitutionem quàm vulgarem cõtineret,quia cùm breuiloqua ſubſtitutio ſui natura ſit vulgaris,non poteſt fieri vt trahatur ad pupillarem niſi ex authoritate conſtitutionis Diui Marci,quæ ob hanc cauſam neceſſaria in eam rem fuit.Atqui ea conſtitutio nõ niſi in teſtamento eius qui miles non fuit locum habet,vt lex præfatur. Non ergo fieri poteſt vt in teſtamento militis facta ſubſtitutio ſiue in vulgarem caſum expreſſum,ſiue per formulam breuiloquæ,trahatur ad pupillarem ſubſtitutionẽ:nec magis paribus perſonis facta ſit quàm ſi imparibus facta eſſet. Idque ab Imperatoribus Diocletiano & Maximiano apertiùs reſcriptum eſt *in l.precibus 8.C.de impub.& aliis ſubſt.* in cuius priore parte reſcribitur, ſi miles filio impuberi ſcripto heredi ſubſtituerit in primum duntaxat caſum , & impubes ille patri heres extiterit,tùm in pupillari ætate deceſſerit,hereditatem ipſius non ad ſubſtitutum ſed ad matrem omnimodo pertinere. Non alia vtique ratione quã quòd teſtator miles fuiſſet,cuius proinde nuda potiùs quàm iuſta voluntas ſpectanda eſt, & ex verbis quibus vſus fuit , non ex iuris interpretatione Principumque cõſtitutionibus æſtimanda.Hanc enim rationem verba legis illius bis inculcant, primùm eo loco *maritus quondam tuus miles defunctus.* Deinde illo *ſiquidem in patris militis poſitus poteſtate* vt mirum ſit non fuiſſe illam ab interpretibus,ſi Goueanum ferè vnum excipias,obſeruatam. Sed plura de eo nunc ſcribere nihil attinet , cùm tam multa iam ſcripſerimus de ſententia & lectione *d.l.precibus lib.15.Coniectur.* Illud monuiſſe ſufficiat,non ea ratione moueri Imp.Alexandrum *in d.l.in teſtamento,*

vt neget substitutionem factam filiæ impuberi in casum vulgarem trahendam esse ad pupillarem, quod facta esset per formam breuiloquæ inter personas impares, sed illa potiùs, quòd à milite facta proponeretur, ad cuius testamentum aptari constitutiones Marci & Pij non poterant, quamuis duobus impuberibus ea substitutio breuiloqua facta fuisset. Multò magis dicendum est vt ad aliam hypothesim suprà propositam veniamus, si miles duos non filios impuberes sed extraneos heredes instituisset, eósque mox inuicem substituisset, non habendos eos pro substitutis militariter in casum aditæ quoque hereditatis, sed tantùm pro substitutis vulgariter: quia quod vnum spectatur in testamento pagani qui heredes suos inuicem substituit, An vtrique heredum substituere potuerit *dict. l. quamuis 4. in fin. C. de impub. & aliis subst.* & quidem *pari ratione*, vt hæc lex ait, non similiter spectandum est in testamento militis, quem non sufficit potuisse, nisi etiam voluerit, eámque voluntatem suam tam apertè declarauerit, vt ad eam ex coniecturis inducendam, neque iuris interpretatione aliqua opus sit, neque constitutionibus vllis Imperatorum. Nam si eo quoque casu qui constitutionibus Diui Marci & Diui Pij comprehensus est substitutio vulgaris à milite facta siue per vulgarem formulam, siue per breuiloquam non trahitur ad pupillarem vt modò diximus, quantò minùs trahi poterit ad militarem, de qua nec Diui Marci aut Diui Pij, nec alia constitutio locuta vnquam fuit? Et tamen facta esset substitutio vtroque casu personis paribus, & quibus in duplicem casum pari iure substituere miles potuisset, In vulgarem iure communi, In militarem verò ex priuilegio & iure militari. Non igitur paritas personarum inspicienda est cùm agitur de testamento militis, sed vnum illud, quòd à milite factum sit testamentum, in testamento autem eius qui miles fuit nullus sit constitutionibus locus, ne tùm quidem cùm omnia illa concurrunt, quæ in testamento pagani possent sufficere ad inducendam constitutionum potestatem. Multò minùs autem si talis species incidat quæ non solùm nulla constitutione, sed nec paganorum exẽplo adiuuetur. Sed illud fortasse mirabilius videatur, quod addimus, Etiam probata militis voluntate illa, vt substitutio breuiloqua inter filiam impuberem & fratrem heredes institutos facta contineret militarem, non ideò tamen statim consequens fore vt in huius legis specie matrem vincere substitutus deberet. Nec enim de solis bonis patris inter matrem pupillæ & substitutum contendebatur, sed de pupillæ successione & hereditate, quam mater vindicabat sibi ab intestato, substitutus autem ex testamento, vt probant verba illa *Et mater quidem intestata filiæ sibi successionem defendebat, tu autem ex substitutione ad te pertinere contendas.* Ergo non tanquam substitutus militariter contendebat frater cum matre defunctæ impuberis, sed tanquam substitutus pupillariter. Siquidem militaris substitutio non impedit quominus is cui facta esse dicitur legitimum heredem habeat, & ab intestato, quia nec ad bona illius pertinet, cui substitutus datus fuit, sed ad bona solius testatoris qui substituendo militariter primo heredi, non heredi sed sibi heredem fecit, vt constat *ex d. l. precibus in fin. & ex l. centurio 15. D. eod. tit. de vulg. & pup. subst.* vbi hæc nominatim differentia traditur à Papiniano inter substitutionem pupillarem, & militarem etiam impuberi factam quòd per pupillarem succeditur pupillo in bonis omnibus non solùm quæ à patre sed & quæ aliunde habuit, per militarem verò nonnisi in bonis quæ à testatore prouenerũt cum fructibus repertis

pertis in hereditate. Nec mirũ, cùm isti quos dicimus militares substitutos, non tam substituti dicendi sint si partitè loqui volumus quàm instituti ex tẽpore postquam placuit inter cætera militarium testamentorũ priuilegia hoc vnum esse, quòd heredem scribere & ex tempore & ad tempus miles potest *l. miles ita 41. D. de testam. milit.* Quod cùm sit, euenit sanè vt qui ex tempore institutus est, plerumque inueniatur secundo loco institutus, puta si scriptus sit heres post mortẽ alterius qui prior institutus fuerit, quæ res fecit vt substitutus dici cœperit eo colore, quòd omnis substitutio sit secũda institutio vel secundi heredis, vt Vlpianus & Caius in Institutionibus diffiniunt, quasi è conuerso quilibet secũdo loco institutus possit æquè dici substitutus, quod non ita est. Nec enim ista conuertuntur: Cùm vera substitutio æstimetur ex delatione quæ secundo gradu facta sit eiusdem hereditatis quam testator alij prius delatam voluit, & quæ nunquam eadem hereditas esse desierit, hereditas autem quæ à priore instituto semel adita fuit, desiit exinde esse hereditas cœpitque fieri patrimonium heredis *l. 1. D. de separat.* Sed neque perpetuò verum est eum qui à milite institutus sit ex tempore, secundo loco institutum esse. Quid enim si miles nullo alio herede instituto ita scripserit? *Titius post decem annos à die mortis meæ heres mihi esto.* Erit Titius institutus ex tẽpore, nec tamen secundo loco institutus, cùm interim & toto medio tempore locum habeat causa intestati. Quemadmodum è contrario si ita scriptum esset *Titius vsque ad annos decem heres esto* nemine substituto intestati causa post decem annos locum haberet *d. l. miles ita.* Igitur vt ad rem nostram redeamus, Etiamsi ponamus voluntatem illam expressam fuisse militis vt filiã suam impuberem & fratrem suum heredes scriptos inuicẽ substitueret per breuiloquam non modò vulgariter, verùm etiam militariter, non eo minùs tamen falsum erit, quod interpretes ex eo inferunt, Totam hereditatem impuberis eo casu ad fratrem peruenturam. Atqui de hoc tãtùm lex quærit, An huic filiæ impuberi succedere debeat mater ab intestato an frater defuncti ex substitutione. Non ergo de substitutione militari rescribere debuit Imperator, sed de pupillari de qua sola quærebatur & ex qua frater non testatoris bona sed hereditatem pupillæ vindicabat. Quid igitur attinebat, inquies, rationem illam adferre pro substituto *iuris quidem ratio manifesta est, licere militibus proprio priuilegio etiam heredibus extraneis postquam heredes extiterunt, mortuus substituere,* si de pupillari tantùm non etiam de militari substitutione rescribendum erat? Respondeo fuisse illam rationem dubitandi quæ mouere poterat pro substituto, vt etiam in casum pupillarem & aditæ hereditatis substitutus videretur, quòd non idcirco futurum esset, vt propter imparitatem personarũ in vnius persona duplex substitutio, in alterius verò simplex inueniretur, cùm in fratris quoque persona esset futura duplex vulgaris scilicet & militaris. Sed fortior decidendi ratio, quæ ab Imperatore non expressa ex iuris ratione supplenda est, illa fuit quòd si ob priuilegium istud militis admitteremus substitutionem breuiloquam à milite factam trahi debere ad pupillarem, probata sola illa militis voluntate quod substitutionem vulgarẽ trahi voluerit ad militarem, necessariò inducenda erit potestas constitutionum Diui Marci & D. Pij in testamento militis ad inducendam pupillarem de qua quid miles senserit nihil probetur. Atqui constitutiones illas certum est in testamento militis locum non habere. Parum igitur proderit quod probetur miles voluisse vt substitutio porrigeretur ad vtrumque in casum.

aditæ hereditatis, nisi probetur etiam voluisse vt nominatim ad casum pupillarem vulgaris substitutio traheretur. Alioqui absurdum illud sequetur quod etiam in pagani testamento potestate constitutionis impediret, quod in persona quidem fratris duplex tantùm substitutio esset, Vulgaris vna, militaris altera: sed in pupillæ persona triplex esset, Prima vulgaris in casum abstentionis, secunda pupillaris ab instanti acquisitæ paternæ hereditatis ad supremum vsque diem completi anni decimi quarti. Tertia militaris ab anno decimoquarto completo vsque ad finem temporis quòd testator substitutioni præscripserit. Etsi enim pupillaris & militaris in hoc conueniunt, quòd vtraque fieri solet in casum acquisitæ hereditatis, quamuis non semper (puta si pupillaris facta sit exheredato, aut militaris post mortem legitimi heredis) Differūt tamen tota specie nec tantùm nomine, sed etiam in effectu rei quia per pupillarem, vt iam dixi, succeditur pupillo per se ac immediatè, per militarem verò soli testatori: Per pupillarem iure communi, per militarem verò iure speciali ac militari. Denique per pupillarem vsque ad pubertatem, per militarem ad quantum vsque tempus miles eam extenderit, *dict. l. centurio*. Porrò nemo negauerit tam absurdum & incongruens esse vt breuiloqua substitutio contineat duplicem substitutionem in persona vnius, & triplicem in persona alterius, quàm inconueniens visum est Seuero & Antonino, vt in vnius persona substitutio sit simplex, in alterius verò duplex. Et semper verū est substitutionē factam per verbum commune non alios casus posse comprehēdere quàm qui sint communes vtrique substituto *d. l. quamuis in fin.* Ita vt nec sufficiat quod potuerit testator vtrique substituere, nisi etiam illud concurrat vt potuerit substituere vtrique pari ratione, quomodo scriptum est in hac lege, nemo autem dixerit pari ratione potuisse militem in specie nostra substituere & filiæ impuberi & fratri, cùm filiæ quidem potuerit substituere non solùm vulgariter & militariter, sed etiam pupillariter, fratri verò non nisi vulgariter, aut militariter. Atque in hoc errauit Baldus non minùs quàm cæteri *ad hanc legem num.* 7. vbi post quàm dixit verba illa *an ita frater tuus senserit* duplicem habere sensum, primum illum, An senserit quod tu debeas vocari ex substitutione pupillari, alterum hunc An senserit quòd hæc substitutio porrigatur directè ad vtrumque etiam post aditam hereditatem. Concludit tandem sibi magis placere posteriorem interpretationem, deceptus vt fatetur ex supradictis verbis legis quibus dubitandi ratio pro substituto continetur: nec animaduertens consultum fuisse Imperatorem non de militari, sed de pupillari substitutione, vtrum ad eam breuiloqua porrigeretur. In quo nihil est quod de militari priuilegio tractetur, cùm priuilegium militis nullum sit vt post pupillares annos possit substituere pupillariter, aut vt in militari substitutione facta extraneo possit contineri pupillaris, aut contrà, Vt in substitutione militari facta filiæ impuberi, pupillaris non contineatur. Ex his apparet quàm inepta sit eorum interpretatio qui verba illa *sed tibi probandum est an frater tuus ita senserit*, sic accipiunt, vt tamen ea voluntas satis probata intelligatur hoc ipso quòd non probatur contrarium. Ita transferentes in matrem onus probandi quod ex tam apertis verbis legis incumbit substituto. Sed & illorum longè ineptior sententia est, qui legem sic intelligunt, vt quamuis reciproca substitutio facta personis imparibus à

pagano

Digitized by Google

pagano non contineat nisi solas substitutiones vulgares quæ per aditionem hereditatis expirant. Tamen si à milite fiat impuberi & fratri coheredibus institutis, non expirat per aditionem, sed continet pupillarem in persona pupilli, & militarem in persona fratris. Et ideò pupillo mortuo in pupillari ætate mater excludatur, nisi per aliqua extrinseca probetur voluisse testator contrarium. Qua interpretatione nihil certè dici potuit, aut à iuris ratione, aut à verbis legis alienius. In hoc tamen interpretes omnes consentiunt differre hac parte testamentum militis à testamento pagani, licèt in explicanda & inquirenda differentia valde laborent, quæ tamen & ex supradictis satis colligitur, & ex aliis quæ nos in eandem legem scripsimus *lib. 15. Coniect. cap.* 11. vnde plura petere poterit si quis erit cui hæc minùs satisfaciant. Apparet denique ex iis quæ diximus testamentum militis non reduci ad ius commune, neque ex eo accipere interpretationem, Ne quidem in fauorabilibus qualis est substitutio pupillaris: sed nudam militis voluntatem nulla iuris potestate adiuuandam spectari oportere. Quam præcipuè in rem, caput hoc superiori coniunximus.

ERROR OCTAVVS.

De testamentaria successione militis condemnati ex vetere & nouo iure.

QVM de militis condemnati successione testamentaria quæritur, constat inter omnes distinguendum esse an ex communi delicto condemnatus sit, an ex militari. Primo casu nullum esse testamentum quod siue antè, siue post capitalis supplicij condemnationem miles fecerit, tanquam ab eo conditum qui postea per irrogatam pœnam capitalem seruus pœnæ effectus sit. Certum enim est seruum non magis posse decedere cum testamento quod ante sententiam fecerit, quàm testari post sententiam & condemnationem. *l. si quis filio 6. §. sed & si quis D. de inuest. rupt. & irrit. fact. testam.* Altero autem casu solere concedi militi condemnato vt de bonis castrensibus testetur, *dict. §. sed & si quis. versic. nisi fortè miles fuit.* Nec tantùm solet id permitti, sed etiam debet, id enim est quod ait *l. 1. D. de veteran. & milit. succes.* militi qui capite puniri meruit, testamentum facere concedendum. Quæ locutio satis ostendit postulare militem debere ab eo ipso iudice, à quo condemnatus est, hanc testandi licentiam: Alioqui non licebit militi testari ne quidem de castrensibus si non specialiter id ei concessum sit, & ita accipiendum est quod Vlpianus noster scribit *in leg. ex militari 11. in princip. D. de testament. milit.* Ex militari delicto capite damnatis testamentum facere licere, vt apparet *ex leg. cùm hic status 32. §. si miles D. de donat. int. vir. & vxor. leg. si quis in principio 22. §. miles. de legatis 3.* qui locus etiam probat ipsa sententia quæ capitis condemnationem irrogat, permissionem hanc concedi debere, ne sera nimis & contra leges futura sit si aliquo quantumlibet breui interuallo sequatur condemnationem, quia non in alterius quàm supremi Principis potestate est, vt ei qui iam seruus pœnæ effectus fuit restituat amissam testandi facultatem. Illud verò notatu dignū est,

Digitized by Google

quod priuilegium hoc ſicuti datur militibus, tanquam militibus, Ita nec ad alios milites pertinet, quàm qui ex militari delicto cõdẽnati ſint, vt diximus, nec ad alia bona quàm quę in caſtris quæſita fuerint, nec ad aliud teſtandi genus quàm ex priuilegio militari, Vt eleganter ratiocinatur Vlpianus nolter *in d.l. ex militari.* Iunct. *d.l.1. in fin. D. de veteran. & milit. ſucceſſ.* In quo mirũ eſt, quòd miles non ex communi ſed ex militari delicto condemnatus faciliùs obtineat facultatem teſtandi ex priuilegio militari quàm ex iure communi: cùm è contrario dicendum potiùs videretur omni priuilegio carere illum debere qui aduerſus militares leges deliquerit, vt proprium militare delictũ propria quoque & militari pœna coerceretur *l.2. D. de re milit.* iunct. *l. auxilium* 38. *in fin. D. de minor.* Siquidem priuilegia militaria nõ niſi præmij loco bene merentibus tributa ſunt *l. milites* 13. §.1. *De re milit. l. teſtamenta* 26. §.1. *D. de teſtam. milit.* vbi ex hoc infert Macer, Ius teſtandi de caſtrenſi peculio quod filiisfamilias militantibus conceſſum eſt ad eos qui ignominię cauſa miſſi ſint non pertinere. Sed rationem illud hanc habet, quòd quiſquis capite damnatur ex quocunque tandem crimine ſiue communi, ſiue militari, ſtatim amittit factionem teſtamẽti idq; communi iure, quia ſtatim fit ſeruus pœnæ, Nec minùs iure militari inteſtabilis eſt quiſquis ſeruus pœnę effectus eſt, quia nec ſeruus miles eſſe poteſt *l. ab omni militia* 11. *D. de re milit.* nõ magis quàm teſtamenti factionem vllam ſi non indulgeatur retinere. Amiſſa porrò teſtandi facultate ex iure tam communi quàm militari, facilius eſt vt per militarem iuriſdictionem reſtituatur aut potius reſeruetur condemnato licentia teſtandi ex priuilegio, quàm ex iure communi, quia neque ius commune ex perſona militis immutari poteſt, neque iudex militaris ſe vllomodo interponere in ea re quæ ad ius commune pertineat. Nec enim priuilegia militum ſunt ex iure communi, ſed contra ius commune, ideoq; nimirũ priuilegia id eſt priuatæ leges dicuntur, ad differentiam communium quæ omnes tenent. Eſt ergo conuenientius, tùm quoque cùm ex militari delicto miles condemnatus eſt, vt permittatur ei teſtari ex priuilegio militari, quàm vt ex iure communi: Sicut & minùs abſurdum eſt dari eam licentiam militi capitis damnato, quàm conſeruari illi qui ignominiæ cauſa miſſus ſit *d.l. teſtamẽta §.1.* Siue quòd odioſior ſit is, qui ignominiæ cauſa miſſus, quàm qui ob crimen aliquod militare condemnatus eſt, (ſunt enim delicta pleraque militaria quę licèt nunquam iuſtam, tamen honeſtam cauſam aliquam habẽt potiùs quàm ignominioſam vt ſi quis rem à duce prohibitam fecerit eiuſq; mandata non ſeruauerit, & tamen benè rem geſſerit *l.3. §. in bello D. de re milit.* quamuis ignominioſa miſſio ſit quoque vna ex pœnis militaribus *d.l. §. 1. l. qui cum vno 4. §. ignominia miſſus eod.*) ſiue potiùs quòd qui per ignominiã militia mittitur, quemadmodũ ex milite fit paganus, ita eo ipſo inſtanti quo priuilegia omnia militum amittit, redditur iuri communi, à quo nec vnquã excidit. Non enim ideò dantur priuilegia vt ius commune aufferatur, ſed potiùs vt iuri communi etiam ſpeciale adiiciatur. Itaq; ſatis ei eſſe debet, quod facultatem teſtandi ex iure communi ſaluam retineat. Quod non ſimiliter euenit in perſona militis condemnati, qui ex inſtanti cõdemnationis vtraque amitteret, ſi non ex indulgentia Iudicis licentiam teſtandi ex militari iure retineret. Cæterùm quod placuit hanc licentiam teſtandi non eſſe concedendam militi condemnato niſi ratione bonorum caſtrenſium, vt diſertè ſcriptum eſt, *in d.l. ex militari & in l. & militibus* 13. *C. eod.* tantò magis ſuadere debuit,

Digitized by Google

debuit, vt non nisi ex iure ac priuilegio militum testari ei permittatur. Facilius enim est, vt priuilegium militare conseruetur ratione bonorum castrensium quàm cæterorum, quemadmodum è cõuerso difficilius est vt de bonis castrẽsibus liceat testari iure communi, quàm vt iure militari, quia & totum ius militare castrense est. Vnus tamen casus ab Vlpiano excipitur *in d.l. ex militari*, quo miles capite punitus testandi licentiam impetrare non potest, ne quidem de bonis castrensibus, si fuerit ideò condemnatus quòd sacramẽti fides rupta sit, puta si proditor fuit vel transfuga. Hi enim non solùm capite plerunque puniuntur, sed etiam exauctorantur, primùm vt torqueantur, quia pro hoste nó pro milite habẽtur *l. proditores 7. D. de re milit.* Ideóq; & ad bestias & in furcam damnari solent, quamuis milites nihil eorum patiantur *d.l.3, §. is qui ad hostem eod. tit.* Vt intelligamus milites qui ex militari delicto capite puniuntur, puniri tanquam milites, & ideò sicuti militum nomen adhuc retinent, ita non esse illos hac parte seruos pœnæ, quod satis innuit Vlp. *in d. vers. sed & si quis*, vbi post verba illa, *Nam seruus pœnæ efficitur*, subiicit exceptionem *nisi fortè miles fuit*, Nec proinde omnino indignos qui priuilegium aliquod militare retineant, quale illud est, vt possit eis permitti testari, dummodò non nisi de bonis castrensibus, nec nisi iure militari, quamuis cõtra militares leges deliquerint & tanquam milites. Id enim proprium militare delictum est, quod quis vti miles admisit *d.l.2. eod. tit.* Nec exauctorari solent milites qui militariter deliquerunt, sed ex quibusdam tantùm causis, vt *in d.l.3. §. pen. d.l.4. §. non omnis d.l. proditores 7. l. vlt. eod. tit.* At iure communi testari nunquam eis permittitur, quia vt dixi castrensis iurisdictio quæ dat hanc licentiam, tota seiuncta est à iure communi, & implicat contradictionem vt ius commune violetur à iure communi, at non etiam vt violetur per priuilegium militare, quod cùm possit sufficere superuacuum est petere, vt idem iure communi concedatur. At bella hîc insurgit quæstio, quid hodie iuris obtineat siue miles, siue paganus quispiam post irrogatam capitis condemnationem testari velit. Nam superiora quidem ex iuris veteris ratione verissimè disputantur, quæ faciebat, vt pœnæ seruus fieret quisquis ad pœnã capitis & vltimi supplicij damnatus esset *d. l. si quis filio 6. §. sed et si quis. D. de iniust. rupt.* Sed cùm hodie iure nouo quod Iustinianus in Nouellis induxit nemo benè natus pœnæ seruus fiat Nouell. 22. *De nupt. cap.* 8. *§. quod autem*, vnde sumpta est *Auth. sed hodie C. de donat. int. vir. & vxor.* consequens videtur, vt etiam qui capite damnatus est possit hodie testari, nec tantùm miles impetrata vt olim licentia testandi ex priuilegio militari, sed etiam paganus quilibet, iure communi. Atque ita in pagano de consuetudine vbique ferè gentium recepta obseruari testatur Iul. Clar. *lib. 3. sentent. in §. testamentũ quæst.* 21. Ic tamen vt miretur nec absre, consuetudinem hanc, quasi iuri communi contrariam, & tamen subiicit, non esse ab ea in practica recedendum. Quo admisso vt saltem ex consuetudine, quamquam inuitis legibus, vt dicemus in sequentibus, paganus hodie etiam post capitis condemnationem testari possit iure communi, (scilicet si non tale crimen sit quod vel ex iure communi vel ex regionis legibus aut moribus pœnam irroget confiscationis vniuersorum bonorum, quo casu frustra quæreretur de danda testandi licentia ei qui bona nulla relinqueret, nec relinquere posset *l. lex Cornelia 28. ad fin. D. de vulg. & pupill subst.*) Quæro An nõ igitur & miles capite cõdemnatus testari poterit etiam nulla impetrata licentia, & quidem non tantùm

de bonis castrensibus, sed etiam de paganicis, adeoq; iure communi? Nam & consuetudo vim legis obtinet, sic videtur, ne alioqui siue noua constitutio, siue consuetudo, quæ paganis quoque fauet, deteriorem fecerit cõdicionem militum quæ hac parte semper melior fuit quàm paganorum. Verùm ego contrà puto, nihil scilicet immutatum esse aut immutandum quantum ad milites, si modò ex militari nõ ex communi delicto sint condemnati, Nec enim id Iustinianus egit, vt in militaribus pœnis quicquam innouaret, inter quas vna hæc est, quòd miles capite condemnatus amittit factionem testamenti, nisi quatenus ei permissa fuit ab eo ipso Iudice qui cõdemnauit. Idq; ex Principum constitutionibus, præsertim verò ex illo rescripto Hadriani, quod Vlpianus refert *in d.l. si quis filio §. sed & si quis, ver. sic. nisi fortè miles fuit.* Nam cùm Hadrianus rescripsit concedendum esse militi ad pœnam capitalem damnato vt testetur de castrensibus, hoc ipso prohibuit ne de cæteris testari posset *d.l. & militibus. C. de testam. milit.* Cui prohibitioni nemo dixerit supradicta Iustiniani Nouella quæ tam absurdæ consuetudini causam dedit, quicquam derogatum fuisse, aut de militaribus pœnis imminutum. Planè quod olim obtinebat vt non nisi iure militari de castrensibus testari posset, hodie dicendum esset admissa illa consuetudine pro iure correctum esse, eiq; permittendum à iudice, vt testari possit etiam iure communi. Cessaret enim hodie ratio illa ab Vlpiano allata *in d.l. ex militari*: quòd ei non nisi quasi militi ius testandi tribuatur: Cùm si miles non esset, tantò liberiorem de bonis suis etiam paganicis & iure communi testãdi potestatem à iure ipso cõmuni & consuetudinario haberet, nec speciali concessione vlla indigeret: Vt non tam priuilegiũ militis hodie sit quale olim fuit, quòd testari possit de bonis castrẽsibus & iure militari, quàm pars quędã pœnæ quòd nõ æquè de cæteris bonis paganicis iure cõmuni permittatur ei testari, quod pagano cuilibet ex quacunq; causa cõdemnato permitteretur, dum ne cõfiscatio bonorũ omniũ esset irrogata. Sed si poneres cõdemnatũ militẽ ex delicto cõmuni, nõ dubitarẽ suppositа cõsuetudine, quin huic permissum esset testari nec tantùm de bonis paganicis, sed etiã de castrẽsibus, sed tamẽ iure duntaxat cõmuni, quoniã ad hunc casum neq; priuilegia, neque supplicia militaria extẽduntur, cùm etiã iure vetere miles qui nõ militare sed cõmune delictũ admisisset, nõ tam pro milite hac parte quàm pro pagano haberetur, vt cõstat *ex d. l. 1. in fin. D. de veteran. et milit. succeſs. d.l. ex militari*, & aliis suprà citatis. Quidni enim partim pro milite, & partim pro pagano, itemq; partim pro seruo pœnæ, partim pro libero haberi potuisset, qui duorũ hominũ vicẽ gerere credebatur facto testamẽto de castrẽsibus *l. si certarũ* 17. §. 1. *D. de testam. milit.* Ita fiet vt melior hodie sit cõdicio pagani de capitali crimine quàm militis ob crimen militare damnati, quia paganus ex cõsuetudine de bonis suis omnibus testari hodie potest, nulla impetrata licentia, & ex iure communi, Miles verò ex militari delicto condemnatus, non nisi de castrensibus, idq; & iure militari nõ communi, & licẽtia demùm impetrata. Melior verò militis ex communi delicto condemnati, quàm ex militari, quia cõdemnatus ex delicto communi testari hodie potest etiam de paganicis nedum de castrensibus iure communi, condemnatus autẽ ex militari de solis castrensibus. Melior denique militis condemnati ex delicto militari quàm olim fuerit, quia cùm non posset olim testari miles, etiam de castrensibus nisi & iure militari, & impetrata licentia, hodie potest & iure communi, & nulla licentia impetrata nisi cùm

vult

vult testari iure militari. Quæ omnia iure vetere longè aliter, vt diximus, obtinebant, & obtinerent etiam hodie nisi consuetudo illa quam retulimus iuri communi hac parte derogaret. De quo tamen sequenti Decade latiùs dicemus.

ERROR NONVS.

De militis condemnati & intestati legitima successione, ac primùm in bonis castrensibus.

TRactatvs difficilior est de legitima militis condemnati & intestati successione, propterea quòd ex variis iuris nostri locis qui ad hunc tractatum pertinent, nonnulli sunt qui pugnare inuicem videantur, & quorum conciliatio interpretibus omnibus perdifficilis non immeritò visa est. Extat enim constitutio Imperatorum Valeriani & Galieni *in l. & militibus* 13. *C. de testam. milit.* quæ de vtraque militis condemnati successione & testamentaria & legitima definit in hæc verba, *Et militibus nostris, Centurionibus quoque ob flagitium militare damnatis non aliarum quàm castrensium rerum testamentum facere permittitur, & intestatis iure proprio succeditur à fisco.* Quibus postremis verbis apertiùs nihil scribi potuit pro fisco, non alium scilicet quàm fiscum ab intestato succedere in bonis militis qui ob flagitium aliquod militare damnatus est. At Papinianus cõtrà *in l. 2. D de veteran. & milit. succeff.* disertè ait Bona militis intestati defuncti castrensia fico non vindicari, cùm heres legitimus ad finem quinti gradus existit, aut proximus cognatus eiusdem gradus intra tempus possessionẽ acceperit. Nec aliter Iurec. Macer. *in l. 1. eod. tit.* ex Pauli & Menandri sententia scribit Militi qui capite puniri meruit, testamentum facere concedendum, eiúsque bona intestati si punitus sit ad cognatos eius pertinere, si tamen ex militari delicto non ex communi punitus est. Nostri vulgò sic conciliant post Accursium *in d. l. & militibus* vt bona paganica hac parte separanda sint à castrensibus, Et in castrensibus quidem agnati succedant & cognati vsque ad quintum gradum *ex d. l. 1. & 2. de veteran. & milit. succeff.* In paganicis verò solus fiscus exclusis omnibus agnatis & cognatis. Atque ita accipi volunt *d. l. 1. & 2.* vt loquantur de solis castrensibus, Itémque *dictam l. & militibus*, vt de solis paganicis. Pro qua sententia facit quod cùm prior pars dictæ *l. & militibus* loquatur de causa testati, déque bonis solis castrensibus, tanquam de quibus solis permittendum sit militi condemnato vt testetur, consentaneum videtur vt posterior pars, sicuti loquitur de milite intestato, ita de iis solis bonis accipi debeat de quibus testari non licet militi cõdẽnato, Ergo de solis paganicis vt perfecta & absoluta sit antithesis. Facit etiã quòd Papin. *in d. l. 2. de vet. & milit. succeff.* cùm scripsit bona militis intestati defuncti fisco nõ vindicari, nominatim adiecit *castrensia*, non aliam vtiq; ob causam, vt videtur, quàm ad distinctionem & exclusionẽ paganicorũ. Neque ab hac interpretatione abhorret vir doctissimus Iacob. Cuiacius, *ad l. si quis filio 6. §. eius qui deportatur, in fin.* vbi distinguit, & benè militem condemnatum ab eo qui mortuus sit ante condemnationem. Nam si miles moriatur indemnatus, ait æquè latè patere legitimam eius vel honorariam successionem, atque pagani. Nec proinde circumscribi eã quinto

gradu siue agnatorum siue cognatorum *ex d.§.eius qui deportatur in fin.* Sed sicut pagano ita militi hoc casu succedi vsque ad septimum, inquit, gradum. Et hoc quoque rectè si ad cognatos restringatur, sed non etiam si ad agnatos referatur, quos constat etiam vltra septimum gradum succedere, & saltē vsq; ad decimum *l. octani gradus* 9. iunct. *l.1.§.hac autem bonorum possessio D. vnd.cognat. & §.vlt.Inst.de succeff.cognat.* Adeóque ni fallor etiam vltra decimum, & quamuis longissimo sit gradu vt Iustin. loquitur *in §. caterùm* 3. *D. de legit.agnat.succeff.* Decimum enim gradum pro exemplo non restitutionis gratia posuit idem Iustin. *in d.§.vlt. Inst. de succeff. cognat.* Post agnatos verò aut cognatos, id est deficientibus iis siue quòd nulli sint, siue quòd qui supersunt nolint succedere nec prætorio iure nec ciuili, constat admitti legionem in qua miles fuit, nō fiscum *d.§.eius qui deportatur in fin. & l.2.C de hered.decur.* Nam quod cōtrà scriptum videtur *in d.l.2.D.de veteran. & milit succeff.* bona militis intestati defuncti fisco vindicari si neque agnatus neque cognatus quisquam extiterit intra quintum gradum quivel legitimam hereditatem iure ciuili adierit, vel bonorum possessionem acceperit, intelligēdum sanè est de intestato milite condemnato, vt idem Cuiacius benè interpretatur, sumpta coniectura, *ex l.1.eod.tit.* quæ de milite capitis condemnato apertè loquitur, & ex inscriptione *d.l.2* quæ est ex Papiniani *lib.16. responsorum*, in quo de reis duntaxat capitalium criminum disputauit. At militis condemnati successio, inquit Cuiacius, ab intestato angustior est quàm pagani in castrensibus quoque bonis: fiscum enim vocari deficiente quinto gradu, cùm tamen ad intestati pagani successionem, nec antè septimum gradum cognatorum vocaretur, nec quandiu ex agnatis quisquam supereset. In quo tamē miror nec possum probare quod vir doctissimus confert hac parte successionem militis cum successione pagani. Nam si sensit de pagano non condemnato, quomodo illum sensisse necesse est, quid attinebat monere angustiorem esse successionem intestati militis condēnati, quàm pagani non condemnati? Quis tam stolidus fuisset vt de eo dubitare aliquomodo potuisset. Si verò sensit de pagano æquè ad capitis pœnam condemnato, apertè falsum est angustiorem esse militis intestati successionem, quàm pagani, cùm paganus ad mortem damnatus, non magis ab intestato quàm ex testamento heredem habere possit, non tam ratione illa sola quòd seruus pœnę effectus sit per sententiam *d.l.si quis filio §.sed etsi quis de iniust.rupt.* Quàm quòd multò magis ciuitatem amiserit, qui amisit etiam libertatem *l.qui vltimo* 29. iunct. *l.sunt quidam* 17. *D.de pœn.* Nam & in eo qui deportatus tantùm est, licèt retineat libertatem, & solam amittat ciuitatem, idem tamen haud dubiè obtinet, vt neque testamentarium, neque legitimum heredem habere possit, nec alium denique successorem quàm fiscum, non magis quàm si ad mortem dānatus esset, quia scilicet ius succedendi & habendi heredis siue ex testamento, siue ab intestato est ex legibus ciuitatis *l.lege obuenire* 130. *de verb. signific.* quarum porrò commercium nullum retinet quisquis amittit ciuitatem, tametsi retineat libertatem. Vnde fit vt prætextu constitutionis Iustin. quæ neminem benè natum ex supplicio fieri seruum patitur, de qua superiori capite scripsimus, non possit defendi damnatos vltimo supplicio posse testari quia licèt non amittant hodie libertatem perinde tamen ac olim amittunt ciuitatē: item vt hac parte nihil interfit an morte quis adficiendus sit an deportatione

portatione & quod ad hoc vt fisco locus fiat *l.3.§.vt autem D.de bon.eor.qui mort.sib.conscisuer.* Damnatione enim bona publicantur quoties aut vita aut ciuitas adimitur, aut seruilis condicio irrogatur, *l.1.in princip.D.de bō. damnat.* vbi seruilem condicionem intellige quæ irrogata sit per modum pœnæ, non de illa quæ irrogatur per omnem sentētiam capitalem hoc ipso, quòd seruus pœnæ efficitur quisquis ad mortem damnatur: Hæc enim & irrogatur per sententiam & finitur per executionem sententiæ. Illa verò de qua *in d.l.* 4. irrogatur salua vita, quamuis non etiam salua ciuitate. Itaque poterat sufficere Callistrato *in d.l.*1. vt duos tantùm casus illos exprimeret ademptæ per sententiam, vel libertatis, vel ciuitatis, aut si maluisset, vel vitæ, vel ciuitatis. Tertium enim illud membrum quod addit, irrogatæ seruilis condicionis poterat vtique contineri, secundum priorem quidem locutionem in casu ademptæ libertatis, secundum posteriorem verò in casu ademptæ ciuitatis. Quamuis in aliis plerisque casibus multùm interfit an sola ciuitas an etiam libertas adimatur, quia seruitus morti passim adsimilatur, non etiam semper deportatio *l.sed si alia* 5. *eod.tit.de bon.dānat.l.interciditur* 57. *de cōdic.& demonstr.* Adeò autem is qui deportatur heredem nullum habere potest siue ex testamento, siue ab intestato, vt quamuis possit etiam post deportationem emere, vendere, aliáque huiusmodi facere quæ sunt ex iure gentium cuius ille capax manet, ita vt quæ ille post deportationem acquisiuerit, non sequantur fiscum *l.si mandauero* 22. *§.is cuius bona D.mandat.* In iis tamen ipsis bonis, quæ post deportātionem quæsita sunt, certum sit non alium quàm fiscum ei mortuo successorē fore nisi ante mortem & ciuitati, & bonis suis omnibus restituatur *l.deportatus* 15. *D.de interd. & releg.l.3.D.de sent.pass.& restit.* Idque est quod Paulus scribit *in l.cùm ratio* 7. *D.de bon.damnat.in §.vlt.* quem Cuiacius ipse restituit *lib.* 6. *obseruat. cap.* 31. Deportatum quia ciuitatem amisit, heredem habere non posse & acquisita fiscum accipere, scilicèt non eo tempore quo acquirūtur, sed quo tractari potest de habendo herede, id est post mortem demum deportati. Cui conuenit quod Imp. Alex. rescribit *in l.2.C.de bon.proscript.* Deportatos nec earum quidem rerum quas post pœnam irrogatam habuerint, heredem habere posse, Nimirum post mortem suam. Neque enim de herede dato ei, qui adhuc viuat tractari potest. Ergo & quod in ea lege sequitur *sed & hæ publicabuntur* non alium sensum habet quàm vt hæ res post deportationem ac quisitæ post mortem demùm publicentur. Quare non pugnat quod tāquam ex diametro contrarium obiici solet *ex d.§.is cuius bona l.*22. *mandat.* vbi scribit Paulus ea quæ post deportationem acquiruntur non sequi fiscum. Sic enim accipi debet vt non sequantur viuo deportato qui interim & alienare illa potest, & pignori dare dum ne in fraudem fisci, quorum omnium nihil est quod facere possit in bonis iam publicatis *d.l. deportatus* 15. *de interd. & releg.* Sequantur tamen mortuo demum deportato, qui numquàm fuerit restitutus si eo tempore nondum alienata inueniantur. Et ita conciliari debet Paulus cum Alexandro, non quomodo conciliat Cuiacius *ad l.eius qui* 8. §. 1. *D.qui testam.facer. poss.* vbi generalem illam Pauli sententiam, quæ extat *in d. §. is cui bona* pertinentem ad omnes omnino quorum bona publicata sunt, restringit ad eos quibus publicatio irrogata sit citra capitis diminutionem & salua ciuitate, id est ad relegatos, vt excludat deportationem, quod est prorsus improbabile. Sicut & illud quod alij nonnulli adferunt tāquam

de aliis, adeò vt tùm quoque cùm de omnibus tam castrensibus, quàm paganicis testatur, duæ duorum hominum hereditates esse intelligantur *l. si certarum* 17. §. 1. *D. eod. tit.* At posterior pars loquitur de successione intestati, & quidem separatim & per clausulas distunctas duabus copulis, ita vt castrensium mentio facta in prima clausula, non possit repetita videri in secunda. In qua successione intestati certè difficilius est, vt diuisio vlla inducatur ad aliud ius constituendum in bonis paganicis, aliud verò in castrensibus. Intestati enim successio semper vniformis est & indiuidua non æquè testamentaria. Nec alio casu potest contingere vt miles decedat testatus pro parte & pro parte intestatus, quàm si testamentum aliquod fecerit, non etiam si nullum. Et verò si Imperatores in posteriore parte *d. l. & militibus*, sentirent de solis bonis paganicis, sequeretur nihil ab iis rescriptum esse quantũ ad militis intestati bona castrensia, de quibus tamen in ea specie quæsitum potissimùm fuisse apparet satis ex priore legis parte. Sed & antithesis illa quæ ponitur tam euidenter circa eos casus duos, Militis testati & militis intestati, ostendit satis quemadmodum in persona militis testati non potest tractari nisi de bonis castrensibus, ita in secundo casu quo intestatus miles defunctus proponatur, licèt de paganicis quoque tractari tùm possit, non tamen fuisse prætermittendum quid in castrensibus ab intestato seruari deberet. Cùm itaque posterior pars legis generaliter & indistinctè loquatur, vel de bonis omnibus accipienda est tam castrensibus, quàm paganicis, quod sanè probabilius est, vel si qua ratione restringenda esset, vtique ad castrensia restringi deberet potiùs quàm ad paganica: Et tamen fatentur omnes falsum esse quod secundùm hanc interpretationem lex diceret, Etiam in castrensibus fiscum ab intestato succedere militi capite damnato. Repugnat enim *d. l. 2. de veteran. & milit. succes.* quæ vult agnatos & cognatos ei succedere ad quintum vsque gradum excluso fisco. Non igitur defendi potest quod habent verba legis, Intestatis militibus ex militari flagitio condemnatis proprio iure succedi à fisco. Adde quod etiamsi maximè verum esset, quod Cuiacius & alij volunt intestato militi fiscum succedere in bonis paganicis, non tamen dici posset succedere illum iure proprio. Fieret enim id iure communi ex quo fiscus admittitur ad successionẽ eorum qui legitimũ heredem habere nullum possunt *d. l. cum ratio 7. §. vlt. De bon. damnat. d. l. 2. C. de bonis proscript.* Quis enim alius præter fiscum admitti posset siue communi iure, siue proprio, cùm alius heres aut successor nullus est, nec esse potest? *l. vlt. D. de succes. edict. l. habere licere* 57. *in princip. D. de cond.* At negari non potest, quin verba illa *iure proprio*, suam vim habeant, & addita sint ad significandum esse aliquid speciale in hoc genere successionis, & quod abhorreat à iure communi: Alia igitur interpretatio quærenda necessariò est, Et concludendum meo iudicio neque in paganicis, neque in castrensibus fiscum succedere intestato militi qui ex causa militaris flagitij capite damnatus fuit, sed in omnibus agnatum aut cognatum vsque ad quintum duntaxat gradum. Ex *d. l. 1. & 2. D. de veteran. & milit succes.* De quo dubitaret nemo si non essent addita in *d. l. & militibus* ea verba *à fisco* quæ nos idcirco tollenda esse contendimus, tanquam addita ab imperito interprete, non valente animaduertere quomodo posset militi intestato succedi proprio iure si ab agnatis & cognatis succederetur, cùm illa successio agnatorum & cognatorum sit ex iure communi. Quasi verò non sit etiam ex iure communi vt fiscus succedat alio nemine

existente qui possit succedere, vt modò dicebamus. Debuit autem quisquis ille fuit animaduertere, Succedi hoc casu intestato militi proprio iure, tametsi ab agnatis quoque & cognatis succedatur, quia non cuiuscunque gradus agnati saltem ad decimum vsque succedunt hoc casu, nec cognati vsque ad septimum vt sit iure communi *dict. §. vlt. Inst. de succes. cognat.* sed tantùm vsque ad quintum, Quæ propria & à iure communi abhorrens successio est, iis ipsis Principum constitutionibus vt credibile est introducta, quæ militū priuilegia induxerunt, & illud potissimùm, vt etiam capite damnatus miles de castrensibus testandi licentiam obtinere deberet. Quod à Diuo Hadriano si non primùm inductum, saltem confirmatum videtur rescripto illo cuius mentio fit *in d. l. si quis filio 6. §. sed & si quis. De inust. rupt. & irrit. fact. testam.* Et ita rescriptum fuisse ab Imperatoribus *in d. l. & militibus*, non additis verbis illis *à fisco* quæ sola totam quæstionem hanc difficilem, & inexplicabilem fecerunt, ipse etiam verborum sonus ostendit, affectata suauitate desinentiæ & consonantiæ in verbis illis *permittitur, succeditur*, quæ obuia est si sic legamus *Et militibus nostris, centurionibus quoque*, id est quamuis centuriones sint, *ob flagitium militare damnatis, non aliarum quàm castrensium rerum testamentum facere permittitur, & intestatis iure proprio succeditur.* Vnica enim totius legis periodus est, sed tamen duas habens partes, bene concinnata & colligata per duas illas copulas *&* quarum prima initio rescripti posita est. Nec me turbat quod Papinianus *in d. l. 2. De veteran. & milit. succes.* cùm agnatos & cognatos militis intestati ad quintum vsque gradum anteponit fisco, de solis castrensibus loquitur. Nec enim dubito quin illo etiam loco dictio *castrensia* irreptitia sit & ab aliquo addita qui cum Accursio, Cuiacio, & cæteris existimauerit non aliter conciliari posse Papinianum cum Imperatoribus, nisi malis dicere ideò de castrensibus locutum Papinianum, non quòd aliud iuris obtineret in paganicis, sed quia de castrensibus dubitari probabilius poterat quàm de paganicis. An in iis fiscus præferri agnatis & cognatis deberet, Eodem planè sensu quo si scriptum esset *etiam castrensia*. Ita namque intelligi Papinianum necessariò debere apparet non solùm *ex l. nill. tit.* quæ de militis intestati bonis omnibus generaliter loquitur iis verbis *eiusq; bona intestati si punitus sit ad cognatos eius pertinere*: Sed ex illo etiam quòd in bonis paganicis longè minor ratio sit vt agnatis cognatisque defuncti fiscus præferri debeat. Cùm huic quæstioni non aliud flagitium faciat locum quàm quod sit militare, vt supradicti omnes loci probant, Minor autem fiat agnatis cognatisque iniuria, si ob militis delictum militare prohibeantur succedere in iis bonis quæ haberent etiamsi defunctus miles non fuisset. Quod non similiter dici potest de castrensibus, quæ sicut ex castris quæsita sunt, ita ex militaris delicti casu amitti, & fisco vindicari minùs iniquum esset, quamuis melior sit condicio castrensium quàm paganicorum facto testamento, nimirum quia cùm miles testatus est ex priuilegio militari, cœpit versari fauor non tã heredum militis quàm ipsius militis, quem porrò negari non potest fauorabiliorem esse ratione bonorum castrensium quàm paganicorum. At cùm moritur miles intestatus, legitimorum heredum fauor occurrit, qui maior, certè non minor est in bonis paganicis quàm in castrensibus. Etsi fatendum est eo quoque casu fauorem militis & quidem potissimùm versari, quoniam alioquin ex iure communi fieret miles seruus pœnæ vt alius quilibet vltimo supplicio damnatus, aut saltem amitteret ciuitatem etiam iure nouo, & post.

Auth.

*Auth.sed hod.e C.de donat.int.vir.& vxor.*nec minùs ab intestato quàm ex testamento & in paganicis bonis & in castrensibus heredem habere prohiberetur.Cæterùm,vt absoluam,nulla lex est quę hac parte bona paganica militis à castrensibus distinguat in causa intestati sed tantùm in causa testati, In qua porrò nominatim distingui non debuerant, si ab intestato quoque alia castrensium bonorum ratio constitui deberet, alia paganicorum. Aut certè non debuerat ea distinctio prætermitti à prudentibus, si tam dispar & seiuncta esset in his succedendi ratio vt fiscum statim admitterent & inuitarẽt,qui in castrensibus non potest succedere nisi post quintum gradum agnatorum & cognatorum.Neque hoc Bartolus noster ignorauit, Generalẽ scilicet esse sententiam Imperatorum *in d.l.& militibus.* Admittit enim sententiá rescripti eam esse vt in bonis omnibus militis intestati succedat fiscus,nulla distinctione adhibita bonorum an castrensia sint an paganica, sed nihil respõdet *ad d. l.1.& 2.De veteran.& milit.succeß.*ex quibus moueri potiùs debuit vt nobiscũ sentiret, in omnibus militis intestati bonis succedere agnatos & cognatos vsque ad quintum gradum: Nunquam verò fiscum nisi post agnatos & cognatos illos quintum gradum excluſos.Baldus verò si non subtilior hac parte,prudentior certè fuit Bartolo,in hoc vno quòd paucioribus verbis sentẽtiam suam sic expresserit,vt tamen difficile sit perspicere quid senserit,quantum ad bona paganica pertinet. Nam de castrensibus idipsum equidem sentit,quod cæteri Militi capite damnato ex delicto militari posse reseruari factionem testamenti in bonis castrensibus. Sed de paganicis nihil aliud scribit, nisi quòd in illis ei ab intestato succeditur,Nec aperit an ei succedatur à fisco,an ab agnatis & cognatis defuncti, Et rursum si ab agnatis & cognatis an ad quintum duntaxat vsq; gradum,an in vlteriorem:In hocverò præcipuè mancus est, quòd de castrensibus nihil dicit, Non solùm circa ius succedentiũ,id est, quis militi in iis bonis succedat an fiscus an agnatio vel cognatio, sed neque an in iis succedatur: Quasi intestato militi non succedatur nisi in paganicis,non etiam in castrensibus,Aut quasi ratione bonorum castrẽsium non possit miles intestatus decedere,perinde ac ratione paganicorum: Cùm tamen verius dici possit intestatus miles in bonis castrensibus quàm in paganicis,Vel ob id quòd de bonis castrensibus testari aliquo casu potest, De paganicis nullo casu potest, Vt proinde si Baldo ipsi credimus *ad l.2.C.qui test.am.facer.poß.num.3.* intestabilis dici debeat quod ad bona paganica pertinet, potiùs quàm intestatus: Etsi subtilius illud est quàm vt probari possit si Vlpianum consulamus qui *in l.1.D.de suis et legit.*scribit intestatum posse dici etiam eum qui sine testamento idcirco decesserit,quòd testamentũ facere non potuerit.Sed vt deficit in eo Baldus,quod non obseruat,aut quasi nõ obseruet,dissimulat verba illa *iure proprio* quæ haud dubiè specialem,& priuilegiariam id est militarem succedendi rationem demonstrant, Ad exclusionẽ, iuris communis & consequenter non minùs fisci, quàm agnatorum aut cognatorum sexti gradus,qui admitterentur iure communi si ius commune in huiusmodi causa locum habere posset.Nam & iure communi,non proprio & speciali fiscus succederet si miles intestatus nullum in bonis suis siue castrensibus siue paganicis, siue vtrisque legitimum haberet successorem.

***

ANTONII FABRI I. C. SEBVSIANI SENATORIS SABAVDIENSIS, ET IN GEBENNENSIS DVCATVS AVDITORIO PRAESIDIS,

DE ERROR. PRAGMAT. ET INTERPR. IVR. DECAS LXXIII.

ERROR PRIMVS.

De sententia Auth. sed hodie. C. de donat. int. vir. & vxor.

ORTASSE non satisfacient omnibus ea, quę in superioris Decadis postrema parte scripsimus, de differentia pagani & militis ex militari delicto capite damnati, nisi subiiciamus aliquid de sententia *Auth. sed hodie. C. de donat. int. vir. & vxor.* sumptę ex corpore *Nouell.* 22. *De nupt. cap.* 8. *§. quod autem.* Textus enim ille est quo vel vno, vel præcipuo mouentur qui improbant vulgarem illam nostrorum traditionem, quæ negat valere testamenta illorum qui ad vltimi supplicij pœnam condemnati sunt, vtpote quos constet ex ipso instanti pronunciationis sententiæ effici seruos pœnæ. Nam quemadmodũ omnes admittunt, iuris veteris rationem illam fuisse, & quidem certissimã, quæ non patiebatur valere huiusmodi personarum testamenta, siue ante, siue post irrogatam condemnationem facta essent, vt disertè scriptum est in *l. si quis filio 6. §. rursum, vers. sed & si quis. D. de inius. rupt. l. quod ad statum* 11. *l. sunt quidã* 17. *l. qui vltim.* 29. *D. de pœn. l. in metallum* 4. *C. de bon. proscript. l. sed si alia* 5. *D. de bon. damnat.* Ita videtur fieri vix posse, vt idem iuris hodie obtineat, posteaquàm placuit Iustiniano, Neminem bene natum, id est, qui non solùm liber sed etiam ingenus natus sit, ex supplicio fieri seruum debere. Sed tamen habent statim nostri quod respondeãt post Bart. *ad l. eius* 8. *§.* 1. *D. qui testam. facer. poss.* duce tamen Accursio, Iustiniani constitutionem illam de iis solis accipiendam esse, qui serui quidem pœnæ effecti sint per sententiam, sed vt superuiuant, non vt ex ea cõdemnatione moriantur, quales ij sunt, qui vel in metallũ, vel ad bestias, vel ad gladiũ damnantur, At non etiã illi qui ad furcã damnati sunt, aut quibus irrogata fuit viui crematio, vel capitis amputatio, quę capitaliũ pœnarũ omnium primę ac præcipuæ sunt *l. capitaliũ* 28. *in princ. D. de*

D. de pœn. Nos verò negamus ea interpretatione donari posse nouellam cõstitutionẽ, cuius verba certè generaliora sũt, quàm vt tãtã restrictionẽ vel commodè, vel probabiliter patiantur. Respexit enim Iustinianus eo loco nõ tam ad fauorem matrimonij vt marito in metallum damnato atque ita seruo pœnæ effecto, matrimonium nihilominùs anteà contractum inter coniuges retineret, tanquam inter liberas personas subsistens, quàm ad fauorẽ libertatis, qui sanè postulat, vt nullo casu liber homo benè natus ex ingenuo fiat per supplicium seruus, ne tum quidem cùm ei in executionem sententiæ statim moriendum est. Nam & morientis interest vt liber potiùs quàm vt seruus moriatur: vel ob hoc saltem vt heredem aliquem siue testamentarium siue legitimum habere possit. Et verò ita sensisse Iustinianum videtur constare satis non solùm ex supradicta *Nouell. 22. cap. 8.* cuius verba sicut generalia & indistincta, ita & clarissima sunt, sed etiam ex aliis constitutionibus, quibus in necessarium siue antecedens, siue consequens velis dicere no huius iuris, sanxit ille ne bona damnatorum aut consequens velis dicere no ni huius iuris, sanxit ille ne bona damnatorum aut Magistratibus, & officiis ipsis applicarentur, vt fieri tùm solebat *l. Diuus 6. §. vlt. D. de bon. damnat. l. 1. 2.* & aliis quę sunt sub *tit. C. de hered. decur.* Aut fisco deferrentur vt olim & ex iuris veteris ratione, sed generi & legi, id est, agnatis reseruarentur. Sic enim ille *Nouell. 17. de mandat. Princip. cap. 12. §. oportet autem.* Et *Nouell. 134. vt null. iudic. lic. haber. loc. seruat. ca. vlt.* vnde sumpta est *Auth. bona damnatorum C. de bon. proscript.* Nam si qui capite condemnati sunt, fierent hodie, vt olim, serui pœnę, consequens omnino esset, vt heredem nullum ab intestato habere possent, quem nec habere possunt deportati quamuis non libertatem amittant, sed solam ciuitatem *l. 2. eod. tit. l. cùm ratio 7. §. vlt. D. eod. tit. de bon. damnat.* Qua ratione disputauimus in præcedentibus, ita ius olim fuisse in militibus ex militari flagitio damnatis, vt non fierent serui pœnæ, Hoc potissimùm argumento, quòd non solùm permittebatur eis testari de castrensibus, sed etiam heredes ab intestato habebant agnatos aut cognatos suos ad quintum vsque gradum *l. 1. & 2. D. de veteran. & milit. succes.* Cùm igitur hodie damnati ad pœnam capitalem heredes habere possint, non tantùm descendentes, & ascendentes, verùm etiam transuersales vsque ad tertium gradum si credimus Irnerio *in auth. bona damnatorum C. de bon. proscript.* fatendum necessariò est non esse illos pœnæ seruos: Nisi fortasse quis dicat cum Baldo *ad leg. 3. numer. 5. versic. aduerte,* Ex iure illo Nouellarum bona deberi certis personis non tanquam heredibus, sed tanquam priuilegiatis per ius Authenticorum, vt ipse loquitur, atque ita certè omnino sentiendum est, cùm rea bonorum applicatio vice confiscationis fiat viuo etiam condemnato, vt omnes fatẽtur saltem in proscripto & deportato, qui tamen viuus non potest habere heredem *l. 1. D. pro hered. l. 1. D. de hered. vel act. vendit.* Neque negari sanè potest personas illas quas Iustiniani cõstitutio nominatim excepit succedere proprio quodã iure, magis quã ex iure cõmuni, cùm nõ succedãt nisi ad tertiũ vsque gradũ. qui iure cõmuni succedere deberent etiã nudæ cognationis iure saltem vsque ad septimũ *d. l. 2. de vet. mil. it. succes.* iunct. *l. & militibus 13. C. de testam. milit.* Atqui inquies voluit Iustinianus personas illas succedere ex legibus, vt constat ex *d. §. oportet autem Nouell. 17. de mandat. Princip.* in illis verbis, *sed sinere eas generi & legi.*

Quid enim aliud illud est, quàm iuberi iudices vt dãnatorũ bona relinquãt agnationi,& cognationi,iis deniq; quos lex ad hereditatẽ vocaret iure cõmuni si dãnatio nulla interuenisset? Sed & ratio quam ibidẽ subiicit Iustinianus,an non manifestius hoc demonstrat quæ postremis iis verbis expressa est,*alios pro illis punientes quos lex fortè ad illorum vocauit successionem.* Sensus enim est,vt explicant omnes quotquot sunt interpretes,apertè iniquum esse publicari bona damnatorum & capitali supplicio affectorum,cùm ita fiat vt non tam puniri videantur ij qui deliquerũt,quos perinde necesse esset cũ vita patrimonium amittere,quàm legitimi eorum successores ad quos bona peruenire ex legibus deberent,cùm tamen nihil ipsi deliquerint: quo etiam argumento sed apertiùs vsus est idem Iustin.initio *Nouell.12.de incest. & nefar.nupt.* Voluit ergo Iustinianus,inquies,saluum esse legitimis successoribus ius legitimũ,vt perinde possint esse heredes atque si nulla in defuncto capitis diminutio interuenisset. Hoc verò est quod nos negamus, quia neque hoc velle Iustinianus potuit nisi eo priùs & in necessarium antecedẽs immutato quod olim obtinuerat toto iure Pandectarum & Codicis , vt ad mortem damnati non modò fierent serui pœnæ,sed etiam amitterent ciuitatem *d.l.qui vltimo* 29.*& l.sunt quidam* 17.*D.de pœn.* quod tamen in hæc vsque tempora incorrectum mansit. Illud tamen planè fatendum est contrà quàm velint interpretes,Iustinianũ cùm constituit *dict. Nouell.* 22. *De nupt. cap.*8.vt hodie nemo bene natus ex supplicio seruus fiat,non de iis solis sensisse qui superuiuũt,vt puta qui in metallum damnantur,sed generaliter de iis omnibus qui pœnæ serui olim fiebant, in quo numero ij maximè erant, qui vltimo supplicio per sententiam addicti diutius viuere non poterãt. Nã & iidem interpretes fatentur Auth.illam bona damnatorũ ad eos solos pertinere,qui ex pœna statim moriendum habent non ad illos qui superuiuunt vt ex Dyno Bartolus disputat *in d.l.eius* 8.*§.si cui D.qui testam.facer.poss.* De quo tamen dicemus latiùs in sequentibus.

ERROR SECVNDVS.

De rationibus,quas nostri adferunt vt capite damnatis denegent factionem testamenti.

HOc igitur posito pro constanti & indubitato vt nemo benè natus hodie fiat per supplicium seruus,adeóque vt legitimos successores perinde habere possit acsi sententiam passus non esset,nisi quòd habet vsque ad tertium duntaxat gradum. Videamus an illud etiam consequens sit,vt testamentum facere possit,nec tantùm de consuetudine,quod admittit Iul.Clar. *lib.5.Sentent. §.testamentum quæst.*21.sed etiam ex mera veráque iuris ratione.Etsi enim nõ ignoto ad impediendam testamenti factionem in persona illius,qui alioqui testari posset,non illud requiri vt effectus sit seruus pœnæ,aut alterius generis seruitutis,sed sufficere,vt amiserit ciuitatem quomodo euenit in persona deportati.Ac proinde non esse bonam cõsecutionem si quis ex eo quòd capite damnati non fiunt hodie serui pœnæ inferre velit, habere igitur illos ius faciendi testamenti,moueri tamen quis ex eo fortasse possit,quòd nõ alio iure videntur amittere isti ciuitatem,quàm quia etiam libertatem amittunt,

Digitized by Google

tunt,quæ salua ciuitate amitti numquam potest *dict.l.qui vltimo.* Atqui constat non amittere illos hodie libertatem,Ergo nec ciuitatem, quam nec olim amittebant nisi in consequentiam tacitam & necessariam amissæ libertatis.Nec enim sicut qui libertatem,ita & qui vitam amittit,hoc ipso statim amittit ciuitatem,si modò retineat libertatem, vt in exemplo illo cernere est quod iam attulimus de milite ex flagitij militaris causa condemnato.Atque ita ius hodie esse,vt qui vltimo supplicio damnantur,non ideò ciuitatē magis quàm libertatem amittere dici possint,videtur apparere satis ex eo quod plerique fatētur habere illos heredem ab intestato,etiam aliquem ex agnatis,aut cognatis vsque ad tertium gradum *d.Auth.bona damnatorum.C. de bon.proscript.*iunct.*Nouell.17.de mandat.Princip.cap.12.§.oportet.*Quomodo enim habere possent heredem in ciuitate,qui nec ciuitatem ipsam haberent?*d.l.2.C.de bon.proscript.d.l.cùm ratio.§.post deportationem vlt.D eod.*Et sanè admissa illa sententia vt damnati ad mortem,vel in metallum,vel ad deportationem,habeant hodie legitimos heredes,difficileest dicere,quam rationem habere possit,quod tradit Bart.*ad d.*§.si cui iura vetera quæ vltimo supplicio damnatis factionem testamenti denegant tanquam seruis pœnæ, non esse hodie correcta quod pertinet ad factionem testamenti. Quia,inquit,per istas pœnas saltem ea perduntur quæ sunt iuris ciuilis *dict.l.sunt quidam 17.D.de pœn.*Ergo &ius testandi quod haud dubiè est iuris ciuilis.Nam si ratio alia olim non fuit,ob quā amitterent isti facultatē testādi quàm quòd amitterēt ciuitatē:Nec rursus alia vlla propter quā amitterent ciuitatē quàm quia etiā libertatem amittebāt,an nō prorsus cōsequēs est vt qui ex nouo iure libertatē retinēt,etiā ciuitatē retineant,ac proinde ipsum quoque ius testādi,& habēdi heredis ex testamento:Tā facilè quàm ius habendi heredis ab intestato.Nā nec Bartolus ipse id negare videtur ad *l.1.D.de bon.damnat.* cūait pœnā condēnati nō debere afficere veniētes ab intestato qui nō deliquerunt.An verò ius habēdi heredis ex testamēto magis est ex iure ciuili,quàm ius habēdi heredis legitimi & ab intestato. Nam & legitimū heredē magis proprio ac speciali nomine vocamus eum qui succedit ab intestato, ne dubitari possit quin succedat ille ex legib. *l.lege obuenire* 130. *de verb.signific.l.1. D. de hered.petit.* Nec subtilius est quod Baldus pro ratione adfert ad *d.l.3.nu. 5.versi.aduerte C.si appellat.pendent.mors interuen.*Fuisse istos omnes iure vetere intestabiles.Hoc verò non inueniri per iura noua correctum.Nam imò verò si aliud nihil addas,dicam esse hoc satis correctum hoc ipso quòd correcta sunt iura illa omnia vetera,quæ faciebant illos seruos pœnæ,cùm non alia de causa nec alio iure essent intestabiles,quàm quia serui pœnæ essent:item hoc ipso quòd datum iis ius est habendi heredis ab intestato.Non enim potuit Iustinianus exprimere apertiùs saluam iis esse ciuitatem,cùm inter potiora ciuitatis iura,illud vnum potissimum sit,quòd heredē siue ex testamento,siue ab intestato habere potest quisquis decedit ciuis Romanus,si nihil aliud sit quod eum faciat intestabilē puta si vel pupillus,vel furiosus,vel prodigus cui bonis interdictum sit, vel filiusfamilias proponatur. Non enim ista conuertuntur,Ciuem Romanum esse,& Testamenti factionē habere,aut Ius habendi legitimi successoris,sed tamen iure Romano bona & necessaria consecutio est vt quisquis heredem ab intestato habere potest, eum ciuem Romanum esse necesse sit:Et illa rursum,vt quisquis ciuis Romanus est testari etiam possit si non aliqua de causa,& ratione speciali prohibeatur.

Digitized by Google

Nam & latiùs interdum patet causa testati quàm intestati, vt videre est in filiofamilias milite, qui heredem testamentarium in peculio castrensi habere quem vult potest, at legitimum heredem habere non potest *l.1.& 2.D.de castrens.pecul.* Sicut è contrario latiùs interdum patet causa intestati quàm testati, vt in milite condemnato ad pœnam capitalem ex delicto militari, qui licèt non possit testari etiam impetrata licentia nisi de bonis castrensibus, ab intestato tamen heredem habere potest etiam in paganicis, secundùm ea quæ vltimo superioris Decadis capite disputauimus de sententia & emendatione *d.l.& militibus 13.C.de testam.milit.* Item in filiofamilias pagano, qui cùm de aduentitiis testari nullo modo possit ne quidem patre permittente *l.pen.C.qui test.facer.poss.* in iis tamen legitimos heredes habere potest descendentes primùm si qui sint, deinde ascendentes *Nouell.118.de hered.ab intest.venient.* Verùm probant ista potiùs, Eodem igitur exemplo admittendum esse vt qui vltimo supplicio damnantur, habeant quidem heredem legitimum ad eum vsque gradum quem Iustin. præscripsit, quoniam hoc ius nominatim eis concessum est, nec tamen habeant ius faciendi testamenti quia nihil de eo ab Imperatore cautum sit, nec potest responderi, non fuisse necesse concedi illis specialiter à Iustiniano, quod iure communi erant habituri tanquam liberi & ciues Romani *l.Imperatores 29.Dde reb.author.iud. possid.alias l.15.de priuileg.credit.* Nam nec verum illud est decedere istos ciues Romanos, cùm Iustin. hoc tantùm constituerit, vt non fiant serui, at non etiam vt maneant ciues. Sicut nec illud quoque constituit, vt possint habere legitimum heredem ab intestato, sed tantùm vt eorum descendentes, si qui sint, vel ascendentes vsque ad tertium gradum bona eorum habeant, scilicet iure non hereditario sed priuilegiario & speciali, vt superiore capite diximus & probauimus ex eo quòd istis quoque viuis & eo tempore quo heredem habere non possunt, bona ipsorum & liberis & parentibus applicantur. Nec simile est, si quis dicat quòd etsi Iustinianus non expressisset *dict. Nouell 22.De nupt.cap.8.* nolle se vt marito in metallum damnato matrimonium dissoluatur, id tamen per se consequens futurum erat ei quod noua constitutio illa inducit vt maritus in metallum damnatus ex supplicio non fiat seruus. Quare nec addit Iustinianus matrimonium retineri, nisi per speciem illationis, in hęc verba: *maneat igitur matrimonium hoc nihil ex tali decreto læsum, vtpote inter personas liberas consistens.* Quod Irnerius *in dict. Auth.sed hodie*, benè sic expressit, *& ideò matrimonium non dissoluitur.* Quidni ergo, inquies, sufficiet quòd Iustin. prohibuerit eos ex supplicio fieri seruos licèt de iure testandi nihil dixerit? Nam respõdeo aliam esse rationem matrimonij, quod cùm sit iuris naturalis potest subsistere inter liberas personas, Aliam verò factionis testamenti, quę cùm sit tota iuris ciuilis non potest ei salua esse qui amiserit ciuitatem, licèt retinuerit libertatem. Nihil porrò vetat amitti ciuitatem salua libertate. Nec sanè potest negari dignam rem fuisse quam Iustinianus non prætermitteret si id agebat vt vltimo supplicio damnatis, cum libertate ciuitatem iuráque habendi legitimi heredis, testandi conseruaret, aut potiùs concederet. Nunquam enim habuerant. Quare fateamur quod res est, veriſſimum esse quod interpretibus omnibus placere video, Damnatum vltimo supplicio non magis hodie testari posse, quàm olim potuisse: Sed negemus quod ex iis plerique minùs cautè admittunt damnatum

tum vltimo ſupplicio poſſe legitimos heredes habere, & videamus an non aliis rationibus & melioribus quàm quæ ab interpretibus adferuntur, probari hoc ipſum poſſit.

ERROR TERTIVS.

Cur damnati vltimo ſupplicio non habeant heredem ex teſtamento adeoq; nec ab inteſtato.

NEQVE verior, neque probabilior alia ratio meo iudicio adferri vlla poteſt, quàm quòd nulla Iuſtiniani conſtitutione ita cautum ſit vt heredem ab inteſtato habeat, multò minùs autem vt de bonis ſuis teſtari vel inter ſuos poſſit qui vltimo ſupplicio damnatus eſt, Cùm tamen ex tot locis iuris veteris ſuprà relatis appareat ita ſemper ius fuiſſe vt heredē nullū habere iſti poſsēt, quamuis hoc vno colore quòd ſerui pœnæ eſſent. Ac de legitimo quidem herede iam ſatis multa diximus, & oſtendimus nihil minùs egiſſe Iuſtinianum quàm vt vltimo ſupplicio damnatis legitimum heredem daret, ſed tantùm vt eorum bona applicaret liberis & parētibus iure priuilegiario & proprio potiùs quàm hereditario. *dict. Nouell. 134. vt null. Indic. cap. vlt.* Nec obſtat quod *in Nouell. 17. De mand. Princip. cap. 12. §. oportet.* idem Iuſtin. iubet vt bona delinquentium relinquantur generi & legi. Iis enim verbis perſonas ſuccedentium demonſtrare voluit non ius legitimæ ſucceſſionis inducere aut confirmare. Nec rurſus Nouella illa de iis criminibus loquitur quibus ex lege ſit irrogata vel irroganda pœna confiſcationis, vt dicemus *in Error. 5. & 6. infr.* Sed eo quoque admiſſo quòd numquam admittendum eſt, vt heredem ab inteſtato habere poſſit is qui moriens non habuit ciuitatem, non tamen ſtatim conſequens fiet, vt teſtandi quoque ius ei datum videatur. Priùs enim ſanè erat vt de cauſa teſtati aliquid conſtitueretur in re tam noua, & de qua ne quidem locus vllus quæſtioni ante Iuſtinianum relinquebatur: Deinde vt de cauſa inteſtati tractaretur, Quemadmodum tam à prudentibus quàm ab Imperatoribus factum cernimus, cùm de milite ex cauſa militaris flagitij condemnato egerunt *l. 1. & 2. D. de veteran. & milit. ſucceſſ. l. & militibus 13. C. de teſtam. milit.* Sed ſi quis pergat quærere, quod difficilioris eſt inueſtigationis, Cur non ita Iuſtinianus conſtituerit in fauorem non tam condemnati, quàm teſtamentariæ ſucceſſionis quæ paſſim fauorabilior eſt, quàm legitima? Reſpondendum eſt, ni fallor, non potuiſſe Iuſtinianum ita conſtituere, quia non id agebat, vt damnatis vltimo ſupplicio bona redderet, quæ anteà per ſolam ſententiam ſic amittebantur, vt tamen fiſco, vel officio & ordini deferrentur; Et conſequenter cùm ex iure vetere illud etiamnum remaneat vt condemnato bona omnia per legem auferantur (parum enim eſt bona ei adimi, cui etiam vita ipſa adimatur:) Illud etiam neceſſe fuiſſe retineri ex iuris veteris ratione, vt de bonis quæ condemnationis tempore habuerunt, teſtari nullo modo poſſint. De quo enim teſtarentur ij qui bona nulla in ciuitate reliquerunt *lege lex Cornelia 28. ante finem, D. de vulgari & pupillari ſubſtitutione.* vbi Iureconſultus accommodatiſſimè ad rem noſtram ſcribit non potuiſſe legem

Corneliam de testamentis captiuorum facere vt heredem posset habere filiusfamilias qui nulla bona in ciuitate reliquisset, Tametsi nemo dubitet quin eius legis fictio & hereditatem faciat,& heredem *l. filiusfamilias* 18. *D. ad leg falcid.* Nam neque de alienis bonis testari cuiquam permisit lex duodecim tabularum *l. verbis legis* 120. *de verb. signific.* neque permittendum est *l. conficiuntur* 8. *§. si post factum. D. de iur. codicill.* De alienis autem bonis proculdubio testaretur quisquis vltimo supplicio damnatus est si testaretur de iis bonis quæ sententia condemnationis si non expresse tamen tacitè ei abstulisse intelligitur. Bona enim damnatione amittuntur, cùm aut vita adimitur aut ciuitas, aut cùm seruilis condicio irrogatur *l.* 1. *D. de bon. damnat. l. in metallum* 4. *C. eod.* Neq; hac parte ius nouũ fecit Iustinianus in fauorem damnatorum, Nisi quòd pati noluit vt ex supplicio serui efficerentur. Cæterùm quemadmodum perinde ac olim, amittunt hodie ciuitatem, Ita non minùs hodie auferuntur iis bona omnia, quàm olim auferebantur, Hac sola differentia quòd olim ideò auferebantur vt applicarentur vel ordini & Corpori in quo inscriptus erat is qui deliquerat, vel fisco *l.* 1. *l. Diuus* 6. *§. vlt. D. de bon. damnat. l.* 1. 3. *vlt & pass. C. de hered. decur.* Hodie verò non fisco applicantur, sed descendentibus si qui sint, Aut si nulli sint, ascendentibus, Aut iis quoque deficientibus generi, & agnationi ad tertium vsque gradum: Quæ applicatio cùm non minus multo condemnato fiat hodie quàm fiebat olim cõfiscatio, prorsus consequens est, vt quemadmodum non potuisset quis antea testando interuertere ac peruertere ius fisci, Nec si salua ciuitate publicationẽ bonorum omnium passus fuisset, vt contingebat aliquando in eo qui in tempus perpetuum relegatus esset, quia nihil habebat de quo testari posset, Ita nec hodie liceat damnato, quamuis manenti libero & ciui Romano de iis bonis testari quæ non modò per damnationem amiserit, sed quæ præterea ex illo ipso instanti per legem applicata sint proximioribus ab intestato venientibus, quibus non magis æquum est vt condemnato licere debeat iniuriam aliquam facere testando, quàm fisco in cuius locum eos, vt ita dixerim, succedere Iustinianus voluit. Tantoq; minùs id ei permittendum est, quod testando pro arbitrio (aut enim liberam aut nullam testandi facultatem cõpetere necesse est) contingeret facilè vt non modò venientium ab intestato quibus lex applicat bona, sed etiam fisco iniuriam faceret, qui sicut hodie nõ nisi post legitimos heredes ad istam bonorum successionem admittitur, Ita nec nisi post testamentariũ heredem admitti posset, cùm testamentarius heres etiam legitimis heredibus præferretur. Atque ita fieret durior condicio fisci, cuius tamen iura integra Iustinianus conseruauit, nisi quòd postponi eum voluit certo generi certisq; gradibus personarum quæ ab intestato succedere alioqui possent, quas antea in totum solis exceptis liberis, excludebat *l. vlt. D. de bon. damnat.* Mansitq; illud etiam ex iure vetere incorrectum, quòd sicut olim amissio illa ciuitatis, libertatis, & bonorum quæ in damnati persona contingebat, præoccupabat mortem adeóque per longum tempus si quando fortè accideret vt damnatum seruari post damnationem oporteret vt de eo in alios quæstio haberetur *leg. qui vltimo* 29. *D. de pœn.* Hodie quoque perinde præoccupat, quia licèt damnatus remaneat liber, non tamen remanet ciuis romanus, Ac proinde nihil causæ est cur non pro extorre & intestabili haberi debeat, ex die damnationis, tametsi pro mortuo non habeatur; quomodo haberi cum olim necesse

Digitized by Google

ceſſe erat quo tempore ſeruus pœnæ per ſententiam efficiebatur *l. ſi quis filio 6. §. ſed & ſi quis De iniuſt. rupt. & irrit. fact. teſtam.* quia ſeruitus morti aſſimilabatur *l. intercidit 57. de condic. & demonſtr. l. ſeruitutem 209. De reg. iur.* Denique ne poſſint iſti heredem vllum habere teſtamentarium illud ſemper impedit, quòd licèt quandiu viuunt, bona ſua retineant, Attamen nec vllam eorum adminiſtrationem habent vt de iis poſſint vel inter viuos diſponere, Nec proinde teſtandi facultatem quæ longè difficiliùs conceditur, quia effectum teſtamenti neceſſe eſſet conferri vt poſt mortem damnati, ita in id tempus quo bona iam eſſent aut liberis aut parentibus, aut tranſuerſalibus applicata. Atque ita ſemper verum eſſet factum teſtamentum de bonis alienis & inutiliter *l. Stichus 39. in fin. D. de manum. teſtam.* Sic dicimus eum, qui non deportatus, ſed tantùm relegatus ſit, ſed cum pœna tamen publicationis vniuerſorum bonorum, vt contingit in eo qui ob nefarias & inceſtas nuptias contractas damnatus eſt, de quo *in Nouell. 12. de nefar. & inceſt. nupt.* ſi noſtris interpretibus ad eum locum credimus, (verius enim puto quod Cuiac. docuit loqui Nouellam illam de deportato, iis ipſis rationibus quibus mouetur vt ita ſentiat) quamuis & liber & ciuis remaneat, de bonis tamen ſuis teſtari non poſſe, quia cùm bona ipſius omnia ærario aſſignentur, vt ait Nouella, non tam de ſuis quàm de fiſci bonis teſtaretur. Quamquam inter hunc & eum de quo agimus differentia illa eſt quòd relegatus etiam totorum bonorum publicationem paſſus, cùm nihilominùs liber & ciuis remaneat teſtari haud dubiè poteſt de poſt quæſitis, quoniam illa fiſcum non ſequuntur *l. ſi mandauero 22. §. is cuius bona D. mandat.* At deportatus non poteſt *l. 2. C. de bon. proſcr pt.* nec alius quilibet vltimo ſupplicio damnatus, Neque tamen ob id ſolùm teſtamenti factionem omnibus vltimo ſupplicio damnatis interdictam manere exiſtimandum eſt, quòd bona nulla habeant de quibus teſtari poſſint, quódque non poſſit iis concedi ius teſtandi citra iniuriam venientium ab inteſtato quibus lex non tam defert hereditatem, quàm applicat bona: Sed ob id etiam potiſſimùm, quòd qui propter delictum ſuum vltimo ſupplicio damnatur, indignus planè eſt cui tantoperè faueatur, vt teſtandi quoque facultatem habeat, qua nihil maius, nihil honorificentius ciui romano quãtumuis de republica benè merito tribuere lex poteſt nec ſi ante mortem bona ſua non amitteret, poſt mortem verò legitimos heredes habere poſſet, ad rem faceret. Vtrumque enim fieret non fauore ipſius vllo, ſed fauore venientium ab inteſtato vt fiſco præferri poſſent, ſi qui ſupereſſent ex iis quos lex ad ſucceſſionem hanc vocat: Qui ſi non eſſent ſuccederet fiſcus vt olim. Nam nec odio fiſci vllo ita conſtituit Iuſtinianus, vt damnato faueret aduerſus fiſcum, ſed tantùm vt proſpiceret venientibus ab inteſtato proximioribus, ne per fiſcum excluderentur, quemadmodum olim excludebantur. Itaque ſi poneres damnatum habentem in poteſtate filios impuberes, velle iis ſubſtituere pupillariter, non eſſet illi permittendum, Ne quidem in iis bonis quæ à damnato ipſo ad filios eſſent peruentura, Non quòd liberi ea bona ſint mox habituri ex Imperatoria conſtitutione potiùs quàm ex iudicio patris (ratio enim illa eſſet aptior ad excluſionem fideicommiſſi, quàm ad impediendam pupillarem ſubſtitutionem *l. ſi adrogator 22. D. de adopt.*) ſed quia pupillaris ſubſtitutio ſicut honorifica eſt filio, ita & honorifica eſt patri, cuius iudicium eſt, licèt ſit teſtamentum filij *l. Papinianus 8. §. ſed nec impuberis D. de inoff. teſtam.* Eo autem honore prorſus indignus eſt pater qui tam

grauiter deliquit vt vitam quoque ipsi adimi oportuerit: Nec rursus iuris ratio patitur vt filio impuberi testamentum facere possit pater qui sibi ipsi non potest *l. 2. §. quisquis D. de vulgar. & pupill. substit. §. liberis Inst. de pupill. substit.* Omne igitur testandi ius damnato interdictum est: Neque immeritò cùm non minore odio dignus sit quàm olim fuerit, licèt faueatur ei ne ex supplicio libertate amittat, sufficit enim ad hoc vt neque ex testamento, neque ab intestato heredem habere possit, quòd etiam hodie ab instanti condemnationis amittat ciuitatem, atque ita capite minuatur, non minùs quòd ad statum personæ attinet, quàm quòd ad bona, In quibus fauetur quidem ipsi in eo quòd bona eius non tam citò confiscantur. At non tam vt ipsi, quàm vt eius descendentibus, aut ascendentibus aduersus fiscum consulatur. Sed iam tempus est vt dicamus aliquid de sententia Iustiniani *in dict. Nouell. 134. Vt nul. iudic. cap. vlt.* Vnde sumpta est *dict. Auth. bona damnatorum C. de bon. proscript.* Nam neque hac parte conuenit mihi omnino cum interpretibus.

ERROR QVARTVS.

De sententia Auth. bona damnatorum C. de bon. proscript.

SIC VT errarunt vulgò interpretes in explicatione *Auth. sed ideò C. de donat. int. vir. & vxor.* quòd eam non in aliis condemnatis quàm in superuiuentibus locum habere voluerunt, vt diximus in superioribus, Ita & in eo plerique errant quòd volunt *Auth. bona damnatorum C. de bon. proscript.* ad eos solos pertinere, qui post sententiam non debeant superuiuere, id est, qui ad vltimum supplicium sic damnantur, vt statim eo afficiendi sint. Quæ fuit Dyni sententia à Bart. relata nec improbata *in l. eius 8. §. si cui D. qui testam. facer. poss.* quam & Castrensis probat *ad l. 2. in fin. C. qui testam. facer. poss.* Iustiniani enim sententia generalis est in *Nouell. 134. Vt null. Iudic. cap. vlt.* cuius verba hæc sunt *sancimus eos, qui iis criminibus accusantur, in quibus leges mortem aut proscriptionem definiunt, si conuincantur aut condemnentur, eorum substantiam non fieri lucrum iudicibus aut eorum officiis, Sed neque secundum veteres leges fisco eas applicari, Sed siquidem habeant descendentes, & ascendentes vsque ad tertium gradum, eos habere.* Vult ergo Iustinianus impediri confiscationem, & applicari bona descendentibus vel ascendentibus, omni casu quo vel mortis vel proscriptionis pœna irrogatur, Non adhibita distinctione illa An superuiuendum habeat is qui vltimo supplicio damnatus est, an statim moriendum. Nam & qui proscribitur superuiuit, nec eò minùs tamen ad nouæ constitutionis mentem & verba pertinet. Cúmque pœna damnationis in metallum quam à cæteris distinguere Dynus voluit, media sit inter pœnam mortis & proscriptionis seu deportationis, quia neque pro mortuo habetur hodie damnatus in metallum tanquam effectus seruus pœnæ post aliam Iustiniani constitutionem de qua *in dict. Auth. sed hodie*, & tamen plus quàm proscriptus sit, qui non in insulam, sed in metallum deportatus fuit, vt dubitandum non sit quin etiam

hodie

hodie amittat ciuitatem. Nihil cauſæ eſt cur non hac parte eodem iure cenſeri debeat, quo ſi vel ad mortem, vel ad proſcriptionem condemnatus eſſet. Et ratio qua mouentur qui Dyni ſententiam defendunt non eſt bona: Aiunt enim æquitatem nouæ conſtitutionis quæ potiorem facit cauſam deſcendentium & aſcendentium quàm fiſci in eo potiſſimùm elucere quòd non debeat crimen delinquentis pœna eſſe venientium ab inteſtato, qui nil deliquerunt: Eam verò rationem non habere locum illo caſu quo damnatus ſuperuiuat, quia tunc pœnam ipſe ſuam patiatur, exutus bonis ſuis omnibus quandiu viuit. Etſi enim verum eſt propriam hoc caſu eſſe delinquentis pœnam, quòd bonorum ſuorum omnium amiſſionem patitur, Eſſet tamen pœna illa etiam communis venientibus ab inteſtato, ſi bona confiſcarentur, quoniam fiſco ſemel admiſſo excluderentur illi ab iis bonis in perpetuum, nec minùs mortuo tandem, quàm viuo adhuc delinquente. Id verò iniquum eſſet, nec minùs, quàm ſi delinquens non veniret in pœnæ ſocietatem. Tota enim iniquitas quam corrigere Iuſtinianus voluit, in eo eſt ſi propter alterius crimen venientes ab inteſtato ſuccedere prohibeantur. Neque ab hac ſententia noſtra quam probauit Accurſius *ad d. §. ſicui*, alienus eſſe videtur ipſe Bart. *in d. l. 1. De bon. damnat.* vbi tradit correcta eſſe per Iuſtinianum vetera iura quoties amittit quis vel libertatem, vel ciuitatem, vel vitam. Sed extra hos caſus non eſſe correcta, id eſt ſi quis relegatus ſit in perpetuum, cum bonorum omnium publicatione, quòd hoc poſteriore caſu pœnam patiatur relegatus ſolus, qui bona ſua omnia retinere poſſet ſi non ſpeciali eorum amiſſione mulctaretur. Quamquam enim hoc caſu perinde accidit vt eius pœnæ participes fiant venturi ab inteſtato, quibus numquam deferri poterunt bona illa fiſco iam quæſita ſemel & applicata, nulla tamen in eo ſubeſt iniquitas, quoniam non niſi per conſequentias id euenit, quarum ratio haberi non ſolet *l. 1. l. quod dicitur 7. D. de conſenſ. & author. tutor.* Ne alioqui paullatim dici incipiat, nullam vnquam infligendam eſſe pœnam delinquenti, ne fiat iniuria legitimis heredibus aliquando ſucceſſuris, tantóque minorem hereditatem habituris. Etſi alia quoque ratio eſt quæ relegatorum aſcendentibus, & deſcendentibus nocet, ne nouæ conſtitutionis beneficio frui debeant contra fiſcum, ſi quando confiſcationis pœna relegato infligatur, vt *in Nouell. 12. De neſar. & inceſtis nuptiis.* Nempe quòd relegatus factionem teſtamenti retineat, quia & ciuitatem retinet *dicta lege eius qui 8. §. in inſulam D. qui teſtam. facer. poſſ. lege relegati 4. lege relegatorum 7. §. ſiue ad tempus D. de interd. & releg.* ob idque poſſit condendo teſtamentum ſpem omnium ab inteſtato ſucceſſurorum eludere, quod alij ad mortem aut ad proſcriptionem damnati facere non poſſunt, qui teſtandi ius nec vnquam habuerunt, nec hodie habent, vt proximo capite diſputauimus. Secundus interpretum error eſt *ad dictam Auth. bona damnatorum*, quòd putant ferè omnes non eſſe locum nouæ conſtitutioni præterquàm illis caſibus in quibus pœna confiſcationis bonorum non eſt impoſita niſi in conſequentiam alterius pœnæ. Ex quo inferunt in illis criminibus, in quibus à lege antiqua expreſſè impoſita eſt pœna confiſcationis bonorum non eſſe

correcta iura antiqua per dispositionem *dictæ Auth. bona damnatorum.* Ita Iulius Clarus qui multos in hanc rem Doctores citat *lib. 5 sentent. §. vlt. quæst. 78. p. fi princip.* Nam siue textum Nouellæ consideremus, videntur supradicta verba esse generaliora quàm vt tantam restrictionem istam patiantur, siue Iustiniani mentem & propositum inspiciamus, præfatur ille eam se nouam constitutionem facere vt non solùm corporales pœnæ sed etiam pecuniariæ mediocres fiant, id est leuiores & mitiores quàm essent antea. Tam autem duræ erant, imò fortasse duriores eæ quæ confiscationis pœnam nominatim infligebant, quàm eæ ex quibus non nisi in alterius pœnæ consequentiam confiscatio irrogabatur. Erat enim confiscatio illa veluti tacita, Altera verò expressa, Expressam porrò magis quàm tacitam significat Iustinianus iis verbis *sed neque secundum veteres leges fisco eas applicari.* Nam eæ demùm veteres leges damnatorum substantias fisco applicabant, quæ confiscationis pœnam nominatim irrogabant, non etiam illæ quibus non pœna confiscationis expressa erat, sed grauior alia quæ confiscationem accessoriam duntaxat, & comitem haberet. Sed & cùm Iustinianus à generali ea constitutione solum crimen læsæ maiestatis excipiat, facilè ex eo intelligimus de quibus criminibus regula constitutionis intelligenda sit. Constat enim ex crimine læsæ maiestatis pœnam confiscationis bonorum irrogari non in alterius vllius pœnæ consequentiam, sed per se ac principaliter *l. quisquis 5. l. vlt. C. ad leg. Iul. maiest. l. vlt. C. de bon. proscript.* adeóque ipso iure non expectata hominis sententia, si eidem Iulio Claro credimus *dict. lib. 5 sentēt. §. læsæ maiestatis num. 9. vers. & ideò.* Ergo ex huius criminis specialiter excepti comparatione apparet regulam esse intelligendam de omnibus criminibus ex quibus pœna confiscationis quoquomodo etiam principaliter & per se irrogetur, dummodò capitalia sint, & vel mortem vel proscriptionem mereantur. Ideò namque crimen læsæ maiestatis fuit excipiendum quoniam alioqui futurum erat vt cōstitutionis generalitate comprehenderetur. Quanquam solent nostri etiam hæresis crimen excipere teste Iulio Claro *dict. quæst. 78.* Nempe quia læsæ quoque maiestatis crimen illud est, diuinæ scilicet non humanæ. Extra quos casus læsæ maiestatis diuinæ vel humanæ, totus mundus seruat, inquit ibidem Clarus, quòd bona non confiscantur in aliquo casu nisi ex dispositione statuti vel consuetudinis aliter caueatur. Itaque nimia illa restrictio quam interpretes inuexerunt & quam nos probare non possumus, vsu ipso exposa est. At tertius, grauiórque interpretum error alius ille est, quòd Irnerium secuti applicant bona damnatorum non modò descendentibus & ascendentibus, sed etiam transuersalibus vsque ad tertium gradum. Sed digna res est de qua latiùs & seperatim dicamus.

ERROR QVINTVS.

De transuersalium iure in bonis damnatorum.

DVæ sunt Iustiniani constitutiones quæ ius vetus correxerunt quod in ea vsque tempora obtinuerat circa bona condemnatorum. Prior extat in *Nouell. 17. De mandat. Princip. cap. 12. §. oportet autem*, vbi præcipit Iustinianus, vt qui deliquerūt competentibus quidem & statutis pœnis corpora libus puniantur, Bona autem eorum relinquantur generi & legi, & secun-

ſecundum eam, ordini. Quod interpretes omnes ſic accipiunt, vt damnatorum bona peruenire debeant ad legitimos ſucceſſores agnatos cognatóſque condemnati, ſecundum eum ordinem quem lex ſuccedentibus præſcribit. Et ſanè ratio quam ibidem Iuſtinianus ſubiicit generalis eſt, nec minùs ad agnatos cognatóſque pertinens, quàm ad deſcendentes & aſcendentes. *Non enim*, inquit, *res ſunt quæ delinquunt, ſed qui res poſſident.* Itaque reciprocant, id eſt conuertũt & turbant ordinem ii Iudices qui damnatorum bona ſiue Ordini & collegio ex quo delinquens fuit, ſiue fiſco applicant, & eos qui digni ſunt pœna dimittunt, *Alios*, inquit, *pro illis punientes, quos lex fortè ad illorum vocauit ſucceſſionem.* Altera & poſterior Iuſtiniani conſtitutio eſt *in Nouell. 134. Vt null. Iudic. lic. haber. loc. ſeruat. cap. vlt.* vbi Iuſtinianus poſt moderatas pleraſque pœnas corporales quæ antea infligebantur, ſubiicit in hæc verba. *Vt autem non ſolùm corporales pœnæ, ſed etiam pecuniariæ mediocres fiant, Sancimus eos qui iis criminibus* (ſic enim lego non vt vulgò *in criminibus*) *accuſantur in quibus leges mortem, aut proſcriptionem definiunt, ſi conuincantur, aut condemnentur, eorum ſubſtantias non fiscs lucrum iudicibus, aut eorum officiis. Sed neque ſecundum veteres leges fiſco eas applicari. Sed ſiquidem habeant deſcendentes & aſcendentes vſque ad tertium gradum, eos habere: ſi verò mulieres habeant qui condemnati ſunt, omnibus modis iubemus illas & dotem & ante nuptialem donationem accipere. Si verò ſine dote talibus perſonis coniunctæ fuerint, à legibus definitam partem de tota ſubſtantia condemnati eas accipere ſiue filios habeant, ſiue non. Si verò neminem prædictorum habeat qui deliquit, tũc fiſco ſociari eius ſubſtantiam.* Ipſum enim Nouellæ contextum tranſcribere libuit, vt appareret nihil in eo eſſe ex quo poſſit coniici, mentem Iuſtiniani eam fuiſſe vt condemnati agnatis cognatiſque faueret. Nam præter id quod non niſi de deſcendentibus, & aſcendentibus loquitur, cùm iis applicat bona cõdemnati, quæ applicabantur anteà fiſco, Excludit etiam apertiſſimè tranſuerſales omnes non in eo ſolùm, quod poſt deſcendentes & aſcendentes vocat nominatim vxorem indotatam ad portionem legibus definitam, Sed in illo etiam quòd fiſcum quoque vocat, licèt poſtremo loco, ſub ea tamen præciſa condicione *ſi neminem prædictorum habeat qui deliquit.* Quorum verborum non alius ſenſus eſſe poteſt, quàm ſi dictum eſſet, ſi neque deſcendentes vlli ſint neque aſcendentes, neque vxor indotata. Neque enim de tranſuerſalibus quicquam toto illo textu prædictum erat vt apparet. Non ergo voluit Iuſtinianus potiorem eſſe cauſam tranſuerſalium quàm fiſci, ſed contrà deficientibus deſcendentibus & aſcendentibus fiſcum ſuccedere vt olim, ac proinde excluſis tranſuerſalibus omnibus. Et tamen Irnerius in conſcribenda *Auth. Bona damnatorum*, quam ſumpſit *ex d. cap. vlt. Nouell. 134.* non dubitauit trãſuerſalium quoque cauſam potiorem facere quàm fiſci, additis ex ſuo capite verbis illis *& ex latere* Imperatorem planè agens, & id conſtituens quaſi ex verbis & mente Iuſtiniani, de quo nec dictum à Iuſtiniano quicquam fuit, nec cogitatum. Viderunt hoc interpretes, quod nec ſi voluiſſent diſſimulare potuerunt. Neque defuerunt ex iis iam olim qui eo nomine Irnerium reprehenderint. Inter quos Iacob. de Bellouiſu quem Baldus refert *ad l. 2. num. 3. C. qui teſtam. facer. poſſ.* Et ex recentioribus Iul. Clar. *lib. 5. ſentent. §. vlt. quæſt. 78. num. 1.* licèt dubitanter ſcribit, Fortè dici poſſe quòd Irnerius malè fecerit ponendo ea verba quia non ſunt in corpore ex quo ſumpta eſt Authentica. Sed tamen quicquid ſit, vt ibidem Clarus ſubiicit, Communis opinio eſt quòd etiam collaterales admittantur & præferantur fiſco. Secundum quam ſenten-

tiam gloriatur supradicto loco Baldus se consuluisse Veronæ aduersus Iacobum de Bellouiſu, idémque Cyno & Iacobo Butrigario placuisse. Apparet autem ex Baldi Commentariis decursum fuisse tam facilè ab interpretibus in sententiam adeò audacem,& improbabilem. Non ob id solùm,quòd Nouella constitutio hac parte fauorabilis esse videatur vt sunt cæteræ quæ fisci commoda & vtilitates impugnant *l. non puto* 10. *D. de iur. fisc.* & consequenter adiuuanda interpretatione in benigniorem partem quæ pœuam molliat potiùs quàm exasperet *l. pen. D. de pœn.* Sed etiam quòd visum sit coniungendam vtriusque constitutionis potestatem, vt priori derogatum non fuerit per posteriorem, nisi in eo quod cùm prior iuberet bona relinqui generi & agnationi sine vlla graduum distinctione ac restrictione, Posterior restrinxit ius transuersalium vsque ad tertium gradum. Id enim est quod Baldus scribit *ad d. l. 2. C. qui testam. facer. poss.* Restrictionem à Iustiniano in posteriore constitutione factam esse non quòd ad genus, sed tantùm quòd ad gradum. Ita factum est vt tandem creditum sit quod idem Baldus tradit *ad dict. Auth. bona damnatorum*, verba illa *vsque ad tertium gradum* posita *in dict. cap. vlt.* restringere non quod eo loco scriptum est de descendentibus & ascendentibus quos in infinitum admittendos esse nostri volunt, sed quod illi constitutum fingunt de transuersalibus solis, de quibus tamen nullum tota ea in Nouella verbum. Ex quo apparet quàm ridicula sit hæc nostrorum opinio, & quàm aliena non tantùm à verbis, sed etiam à mente Iustiniani. Cuius nec putandum est sententiam illam fuisse *in d. §. oportet autem Nouell.* 17. *De mandat. Princip.* vt abrogatas voluerit leges omnes veteres quæ confiscationis pœnam irrogabant, & ad agnatos cognatósque proximos bona peruenire. Id enim si ita esset frustra idem Iustinianus postcà de eadem re aliam constitutionem edidisset, neque verò prior illa constitutio, aut de legibus antiquis loquitur, aut de confiscatione per legem vllam irrogata, sed de Præsidibus & Iudicibus conqueritur, qui in delictis puniendis rationem iuris peruertentes dimittunt quidem personas eorum qui deliquerunt quas corporalibus & debitis pœnis afficere deberent: res autem & bona ipsorum auferunt, nec id vt applicent illa fisco, sed vt sibi, suisque officiis lucrum ex eo captent. Proinde manifestum est loqui Iustinianum eo loco de iis tantùm criminibus, ex quibus non pœna certa confiscationis infligitur sed arbitraria pro religione & arbitrio iudicantis: Ex qua causa cùm permissum esset iudicibus & magistratibus pœnas illas pecuniarias seruare non vt eas in suos vsus verterent, sed vt haberent vnde præstare possent ea quæ iure Præsidum solent erogari & quæ ad vtilitatem officij possunt deseruire, vt scriptum est *in l. Diuus* 6 *in fin. D. de bon. damnat.* credibile est paullatim factum vt ea licentia plerique Iudicum & magistratuum abuterentur, inque suos vsus prætextu officij conuerterent eas pecunias, tantóque humaniores se præberent in corporalibus pœnis irrogandis, quas grauiores esse oportuisset, vt maiore exemplo essent ad maleficia detertenda. Idque & ante nos benè obseruauit Iacobus Cuiacius *ad Nouell.* 12. *De incest. & nefar. nupt.* Nec enim verendum erat ne quid de pœna remitterent iudices iis in casibus quibus confiscatio in pœnam ex legibus esset irroganda: Siquidem vt eleganter Papinianus dicebat, facti quæstio in arbitrio iudicantis est, sed pœnæ persecutio non est,

quia

quia non voluntati iudicis mandatur sed authoritati iuris reseruatur *l.* 1. §. 1. *vers. nam siquidem D. ad SC. Turpill. l. ordine* 15. *D. ad municip.* Ordinaria enim pœna semper certa est, numquam arbitraria.

ERROR SEXTVS.

De lectione & sententia Nouell. 17. *De mandat. Princip. cap.* 12. §. *oportet autem, & de differentia descendentium, ascendentium & transuersalium in Auth. bona damnatorum C. de bon. proscript.*

MIROR autem non fuisse obseruatum à plerisque mendum quod subest *in d.* §. *oportet*, secundum vulgatam versionem: Obseruatione namque dignum certè est, vt totius loci sententia melius intelligatur. Habet vulgata editio *sed finere eas generi & legi secundum illum ordinem*: quæ postrema verba sensum bonum nullum habent nisi suppleas & addas *quem lex præscribit*. Sed rectius, Haloander ex Græco exemplari, sic legit *sed finere eas generi & legi & secundum illam ordinem*. Quæ lectio nulla indiget suppletione, sed hac tantùm interpretatione vt iubeantur iudices, potius corporales, quàm pecuniarias pœnas infligere, vt qui deliquerunt puniantur in corpore, non in bonis quæ innocentibus agnatis conseruari æquius est quos lex ad successionem vocat: Conseruari autem agnatis non omnibus simul, & promiscuè, sed eo ordine qui sit secundum legem vt quo quis proximior agnatus est, eo prior succedat. In quo illud etiam notandum est non sic loqui Iustinianum vt iubeat bona delinquentium applicari generi & agnationi, sed vt iudex substantias condemnatorum sinat generi & legi, id est relinquat eas intactas, nihilque de iis pronunciet, sed legis arbitrio & ordini successionem reseruet, Vt intelligamus eo casu successuros agnatos, non ex sententia Iudicis, neque ex constitutione illa Iustiniani, sed ex vetere iure legis duodecim tabularum qua parte vocat agnatos ad agnati successionem. Nihil enim aliud Iustinianus exigit nisi vt Præsides sinant & relinquant substantias delinquentium dispositioni legis, non vt ipsi quicquam in fauorem agnatorum decernant & disponant. Sicut nec eo loco Iustinianus ipse aliquid statuit in vtilitatem generis, vt ea bona proximi agnati habeant, quæ alioqui non haberent, (Quomodo *in dict. Nouell.* 134. iubet descendentes & ascendentes vsque ad tertium gradum habere res, quæ alioquin ex antiquis legibus fisco applicabantur,) sed omnia relinquit dispositioni iuris communis: Nisi quod cùm loquatur de genere tantùm, & de lege déque ordine qui secundum legem est, non de aliis sensisse videri potest quàm de agnatis ad exclusionem cognatorum, qui neque generis appellatione continentur *l.* 1. *in fin. D. de iur. immunit.* neque ex lege vocantur, sed ex mera prætoris indulgentia *l.* 1. *D. vnd. cognat.* Quod interpretes nostri non animaduerterunt, qui vt Baldus refert *ad dictam legem* 2. *C. qui testam. facer. poss.* sic vulgò summant illum textum,

Vt capitali crimine damnatorum bona non ad lucrum Præsidis referri sed cognatis punitorum reddi oporteat: Quasi nulla sit hac parte inter agnatos & cognatos differentia, Ideò fortasse quòd omnium parem, & æqualem condicionem idem Iustinianus fecit *Nouell.* 118. *de hered. ab intest. venient.* Sed obseruare debuerunt posteriorem esse constitutionem illam quæ agnationis & cognationis differentias omnes sustulit, neque ex ea fieri posse vt nouella prior qua parte locuta est de agnatis ad cognatos quoque protrahi debeat. Quo magis mirandum est Irnerium si mouere voluit *ex d. §. oportet*, vt transuersalium quoque mentionem adderet *in dict. Auth. bona damnatorum*, locutum esse generaliter de omnibus, qui ex latere veniunt, vt cognatos quoque comprehenderet, cùm tamen Iustinianus *in dict. §. oportet*, de agnatis solis loquatur, non etiam de cognatis qui eo tempore non nisi post agnatos omnes ad successionem vocabantur *§. vlt. Inst. de success. cognat.* At in *d. cap. vlt. Nouell.* 134. non magis de agnatis quàm de cognatis, sed tantùm de descendentibus & ascendẽtibus, quorum meliorem causam esse debere nemo non videt, quàm collateralium. Descendentibus enim debentur ascendentium hereditates iure naturæ & ex voto parentum, Ita vt cùm liberi succedunt parentibus dicantur ad penè propria bona venire *l. 1. §. Largius D. de success. edict. l. in suis 11. D. de liber. & posthum. l. cùm ratio 7. D. de bon. damnat.* Ascendentibus autem deferuntur bona descendentium ratione miserationis *l. nam etsi 15. D. de inoff. testam. l. scripto 7. §. 1. C. vnd. liber. l. iure succursum 6 D. de iur. dot.* At agnatos ad agnati successionem admittimus non iure aliquo naturæ, nec ratione vlla miserationis, sed ex beneficio legis duodecim tabularum quæ ita constituit fauore conseruandarum familiarum, cùm nihil haberet quod melius cõstitueret vt alibi scripsimus. Proinde nulla ratio fuit cur Iustinianus veteres leges abrogaret quæ bonorum publicationem ex certis & plerisque criminibus irrogabant, vt agnatis faueret. Multò minùs vt cognatis per quos familia conseruari non potest, quique ex veteribus legibus nullo casu ad successionem vocabantur, sed ex Prætoris edicto post agnatos omnes. At liberis fauendum meritò fuit & generaliter descendentibus omnibus sine vlla graduum distinctione, sicuti iam idem Iustinianus fecerat *in Nouell. 12. De incest. & nefar. nupt. cap. 2.* in illis verbis *si verò contigerit ex prioribus inculpabilibus filios esse ei aut nepotes fortè aut vlteriùs*. Illa enim dictio *vlteriùs* non modò tertium gradum qui pronepotum est continet, sed alium quemlibet vlteriorem. Ascendentibus autem fauendum quoque Iustinianus putauit sed parciùs, id est cum temperamento illo *vsque ad tertium gradum*. Nam & anteà excepti erant ascendentes quibusdam priorum Imperatorum constitutionibus vt cõfiscationes impedirent & fisco præferrentur, sed ad secundum vsque duntaxat gradum, vt constat *ex l. si quis 6. C. de incest. & inutil. nupt.* Quãquam ea lex non tantùm descendentibus & ascendentibus fauet, sed etiam de latere fratri & sorori, patruo & amitæ. Nimirum quia non irrogat pœnam confiscationis bonorum vt neque deportationis, cùm ei qui incestas contraxit nuptias relinquat liberam inter suos testandi facultatem, iúsque habẽdi heredis ab intestato, Quorum omnium nihil habet is qui est deportatus. Sed cùm *in dict. Nouell. 134. cap. vlt.* de iis solis loquatur Iustinianus quorum bona & olim fisco applicabantur statim, & hodie quoque applicanda sunt deficientibus liberis & parentibus, non eadẽ ratio fuit fauendi transuersalibus ad exclusionẽ fisci,

Siue

siue quòd nulla vel iuris vel miserationis ratione, vt diximus, hereditas condemnati ipsis debeatur, siue quòd ad publicam quoque vtilitatem pertineat, vt non tanta iuris veteris correctio hac parte inducatur, quanta induceretur ex generali confiscationum omnium abolitione quibus vix vnquam locus fieret, si ius ita esset vt in condemnati bonis etiam agnati cognatíque fisco præferrentur: vnde tam frequens vox illa pragmaticorum, in iis prouinciis quæ iure scripto reguntur nullum confiscationis vsum esse. Quæ res mirum est quantam ad delinquẽdum fenestram patefaciat multorum audaciæ, quos metus amissionis bonorum magis quàm periculum famæ vel etiam vitæ à delinquendi proposito reuocaret. Qua ratione fortassis inualuit generalis consuetudo in contrarium apud Gallos, vt quisquis vltimo supplicio afficitur, etiam bonorum omnium confiscationem patiatur. Nec sanè debuit Imperator adeò fauere agnatis cognatísque condemnati, vt non debuerit multò magis rationem habere rei & vtilitatis publicæ, ad quam maximè pertinet, vt grauissima delicta, qualia sunt ea omnia quæ publicationis pœnam olim merebantur, grauissimis quoque suppliciis, nec minùs iactura bonorum quàm corporis consumptione vindicentur.

ERROR SEPTIMVS.

De condemnatis ad mortem ex statuto quo nihil cautum sit de confiscatione bonorum.

NOSTRORVM sententia receptissima est, Condemnatorum ad mortem ex forma statuti, bona nõ publicari, nisi hoc ipsum in statuto nominatim caueatur: Atque ita semper vidisse se obseruari testatur Iulius Clarus *libr. 5. Sement. §. fin. quæst. 78. numer. 2.* quamuis nullam huius sententiæ adferat rationem. Sed Baldus qui eam primus induxisse videtur *ad l. 2. in fin. C. qui testam. facer. poss.* hanc adfert, Quòd omnia statuta, inquit, sint leges priuatorum iudiciorum, Supponens nimirum, Ita demum ex damnatione capitis irrogari pœnam publicationis bonorum quasi in consequentiam necessariam, Si damnatio facta sit ex publico iudicio non si ex priuato, & sic accipiendum esse quod scriptum est *in l. 1. D. de bon. damnat.* In quo primùm vereor ne Baldus fallatur. Nam quod ad statum damnatorum pertinet, certum est nihil interesse an iudicium publicum fuerit necne, cùm sola sententia non genus criminis spectetur, inquit Iurisc. *in l. quod ad statum 12. D. de pœn. l. quando quis 10. in iis verbis quolibet crimine damnatus C. de bon. proscript.* Nec quòd ea lex de solo statu non etiam de bonis damnatorum loquitur, pro Baldo quicquam facit. Nam ex eo statu personæ, sequitur statim quid de bonis sentiendum sit, Quia indubitati iuris est, Non posse fieri vt quis vel libertatem cum ciuitate, vel etiam ciuitatem sine libertate amittat, quin hoc ipso amittat bona quæ necessariò publicanda sunt, & fisco deferenda: Nempe quia quisquis romanus ciuis non est, is neque ex testamento, neque ab intestato heredem habere potest, cùm ius habendi heredis sit ex legibus siue de testamentario, siue de legitimo herede loquamur *l. lege*

obuenire 130. *de verb. signific. l.* 1. *D. de heredit. petit. l. vlt. D. de suis & legit.* Nec magis prætorio quàm ciuili iure successorem habere potest qui ciuitatem Romanam non habet, Cùm perinde exigat Prætor in danda bonorum possessione secundùm tabulas, vt testator duobus temporibus, testamenti scilicet ac mortis, habuerit testamenti factionem *l.* 1. *§. exigit & seq. D. de bonor. poss. sec. tabul.* Ab intestato verò illud etiam exigat vt is cuius bonorum possessio petitur capax fuerit habendi heredis legitimi *l.* 1. *D. si tabul. testam. null. ex tab. vnd. liber. l.* 1. *D. vnd. legit.* Licet non eos solos vocet quos lex vocaret, sed plerumque alios, legibus alioqui incognitos, puta cognatos *leg.* 1. *D. vnd. cognat.* itémque virum & vxorem, & decem illas personas quas prætor extraneo manumissori præferebat, de quibus Iustin. *in §. sunt autem. Inst. de bonor. possess.* Et in summa non tantùm illos qui damnantur in metallum, aut ad bestias, aut summo supplicio addicuntur, quos constat olim effectos fuisse seruos pœnæ, sed etiam deportatos pro mortuis habet prætor ex die deportationis *l.* 1. *§. filium D. de bonor. poss. contra tab. l. si necem* 4. *§. si deportatus D. de bonor. poss. contr. tabul.* Pro mortuis, inquam, non hactenus vt eorum sicuti cæterorum defunctorum det bonorum possessionem, sed è contrario vt nullam penitus eorum rationem habeat, acsi nec in ciuitate, nec in rerum natura vnquam fuissent. Et verò quomodo dedisset olim Prætor bonorum possessionem eius qui nulla bona in ciuitate reliquisset? Atqui deportatus quilibet patiebatur haud dubiè iacturam & publicationem bonorum omnium iure Pandectarum, idq; apud omnes in confesso est, nisi si quando ex priuilegio permittebatur ei vt amissa ciuitate bona nihilominùs detineret *l. relegatus est* 14. *§.* 1. *& l. seq. D. de interd. & relegat. l. tutelas* 7. *§. vltim. D. de capit. minut.* Nec sanè aliter ius constitui poterat, cùm etiam ciuis Romani bona si is absque ciuili & honorario successore moriatur, necessariò ad fiscum perueniant tanquam vacantia si modò sint soluendo *l. vlt. D. de succes. edict. leg. habere licere* 57. *D. de euict. leg.* 1. *§. an bona D. de iur. fisc.* Cùm igitur ex die deportationis pro mortuo habeatur si non in omnibus saltem in iis quæ ad ius ciuile & ad iura ciuitatis pertinent *leg. verum* 63. *§. vltim. D. pro socio. l. Gallus* 29. *§. & quid si tantùm D. de liber. & posthum.* mortuus autem ille heredem nullum habere possit neque ex testamento, neque ab intestato, Consequens omnino est vt ex eo ipso die deportationis bona eius omnia transeant in fiscum. Quemadmodum è contrario, Eum cuius vniuersa bona publicantur pro mortuo habemus, quia exinde iam alius in locum eius successit, id est fiscus *leg. actione* 65. *§. publicat. one D. pro socio.* Sed in deportato quidem paullò difficilius illud est, quia non semper nec in omnibus pro mortuo habetur, vel ob id maximè quòd in ciuitatem restitui quandoque potest *l. intercidit* 57. *D. de condic. & demonstr.* At in iis omnibus qui vel in metallum, vel ad bestias, vel ad vltimum supplicium damnantur, res est apertior, non solùm ciuitatem eos amittere, sed etiam bona, cùm vetere iure inspecto amittant etiam libertatem, tanquam per sententiam facti serui pœnæ *leg. si quis filio* 6. *§. sed & si quis D. de iniust. rupt. & irrit. fact. testament. dicta lege quod ad statum* 12. *leg. sunt quidam* 17. *leg. qui vltimo* 29. *D. de pœn. l. sed si alia* 5. *D. de bonor. damnat. l. in metallum* 6. *C. de bonor. proscript.* Quamquam enim illud ex iure vetere correctum est quod amittebant olim libertatem postea quàm placuit Iustiniano vt hodie nemo benè natus ex supplicio fiat seruus. *Authen. sed hodie C. de donat. inter*

vir.

Digitized by Google

vir.& vxor. quod interpretes omnes admittunt in iis saltem qui damnationi suæ superuiuendum habent, Illud tamen incorrectum remanet quod etiam hodie amittunt ciuitatem & omnia quæ sunt iuris ciuilis sicut & olim, quia nec olim ciuitatem amittebant in consequentiam amissionis libertatis, sed quia fieri non poterat, vt ciuitatem non adimeret pœna illa quæ adimebat ipsam quoque libertatem, sicuti præcedēte Decade disputauimus. Itaque cùm illi qui vltimo supplicio damnantur, & hoc ipso ciuitatem amittant, & statim moriendum habeant, Illud etiam necesse est euenire vt statim & ipso iure bona ipsorum publicentur, nisi cùm lex in contrarium disponit vt *in l.vnic.C.de mulier.quæ se propr.seru.iunxer.& in l.vnic.§. & si quidem C.de rapt.virgin.* Exinde enim certum esse incipit nullum eos vnquam heredem aut successorem in bonis suis habituros, siue ex testamento, siue ab intestato: quod in persona deportati non æquè certum est *dict. l. intereidit.* Eadem porrò ratio locum habet etiamsi quis ex forma statuti capite damnetur, sicut etsi ex priuato iudicio damnaretur *d.l.quod ad statum.* Ergo etiam admissa illa comparatione quam Baldus ex suo cerebro sibi fingit, statutorum & iudiciorum priuatorum, fatendum est non minùs hodie illorum publicari bona qui ex statuto aliquo mortis condemnationem patiuntur, quàm olim publicabantur eorum quibus leges veteres eandem pœnam irrogabant: Nisi ponas ita conceptum statutum, vt ex eiusmodi pœna, neque ciuitas amittatur, neque illa quæ sunt iuris ciuilis, nec proinde ius testandi, aut habendi heredis saltem ab intestato, quomodo in Anglia & aliis quibusdam locis obseruatum audio, vt salua etiam nobilitate adeóque ipsa propemodum existimatione pœna mortis, præsertim amputatio capitis irrogetur. Cæterùm extra hunc casum, nihil certè causę est cur bonorum publicationem minùs pati debeat is, qui ex forma statuti, quàm qui ex iure communi ad mortem condemnatur, quia perinde vtroque casu & ciuitatem & factionem testamenti amittit, & ius habendi heredis legitimi. Nec satis mirari possum quod ait Baldus *ad d. l. 2. in fin. C. qui testam. facer. poss.* Authenticam, Bona damnatorum non habere locum hoc casu, sed condemnatis succedi de iure communi ac si ab intestato, inquit, decessissent, scilicet per liberos & parentes vsque in infinitum, & per agnatos & cognatos vsque in septimum gradum (Sic enim apud Baldum legendum est, non vt vulgò *in quartum gradum*) Nam nec ignorauit magnus ille vir, quod nos asserimus, Eumqui ciuitatem amisit heredem habere nullomodo posse, ob idque nimirum defendit ille, & rectè *ad l.3.C.si pendent.appellat.mors interuen.* liberos, parentes, & vt addit post Irnerium, agnatos cognatósque quibus hodie applicantur bona damnatorum, non succedere iure hereditario, id est tanquam heredes legitimos, sed tanquam personas, vt ipse loquitur, priuilegiatas, quod & nos in superioribus probauimus. Id verò cur ita? Nisi quia heredem habere non possunt, qui non habent ciuitatem. Iustinianus autem nihil immutauit quod ad statum personæ circa ciuitatis amissionem, sed tantùm circa amissionem libertatis. Multò minùs autem dici potest abrogatum esse hac parte ius vetus per statuta quæ mortis pœnam irrogant condemnato. Nam siue ponas statuta illa subsequi ius commune, ac vltimi supplicij pœnam infligere ex iis criminibus, quæ ipso etiam iure communi eandem condemnationem mererentur, siue

fingas quod plerumque accidit, statutum tale esse, quod ex non delicto faciat delictum, & quod præterea nouo huic delicto pœnam mortis imponat, quis putet probabile, ob id minùs amitti ciuitatem à condemnato, quòd non tantùm ex iure communi condemnatus sit, sed etiam ex statuto, aut quòd grauiorem ei condemnationem statutum, quàm ius commune inflixerit? Taceo quod ipsa etiam statuta recipiunt interpretationem passiuam à iure communi, vt tractat Bart. & post eum cæteri *ad l. 1. C. de summ. Trinit. & fideic. Cathol.* Vt proinde non possit videri dérogatum iuri communi per statutum siue iuris communis pœnas statutum retineat, siue augeat.

ERROR OCTAVVS.

De statutis habendis pro legibus priuatorum iudiciorum, & in quo distinguenda sint hac parte iudicia publica à priuatis & extraordinariis.

QVA de causa nec illud probare possum, quod vult Baldus, Statuta habenda esse pro legibus priuatorum iudiciorum. Nam si statuto vindicetur tale aliquod crimen quod ex communi iure publici est iudicij, nec minore pœna quàm quæ iure etiá communi infligitur, Planè non vid eo, cur iudicij qualitas mutata esse debeat & iudicium factum ex publico priuatum, ob id solùm quòd legibus publicorum iudiciorum statutum consentiat, aut quòd pœnas legibus illis publicorum iudiciorum constitutas auxerit, non alium ad finem, quàm vt duriorem faceret delinquentis condicionem, non vt meliorem: itaque statuentium propositum offenderetur adeóque publica vtilitas quæ nihil magis quàm criminum vindictam & castigationem exigit, si ex forma statuti condemnatus ob crimen quod publici iudicij causam habeat, minore ob id pœna afficeretur tanquam ex priuato non ex publico iudicio condemnatus: illa enim differentia quæ alioqui tam multos in iure nostro effectus habet, An ex publico, an ex priuato iudicio quis damnatus sit, ad eos casus non pertinet quibus pœna mortis irrogatur, sed ad eos in quibus alia leuior, *d. l. quod ad statutum*, vbi Bart. & alij notant *ex l. ictus fustium 22. D. de his qui not. infam. l. infamem 7. D. de public. iud.* Concludo igitur, Bona eorũ qui ex forma statuti damnantur ad vltimum supplicium, hoc ipso censenda esse amissa, publicata & confiscata in consequentiam necessariam eiusmodi condemnationis, non minùs quàm si ex iure communi & ex causa publici iudicij ea condemnatio facta esset, nisi contrarium verbis statuti comprehensum sit. Sed dico amplius, neque per statutum fieri posse vt qui vltimo supplicio ex quacunque causa damnantur, amissa ciuitate ius retineant habendi heredis, siue ex testamento, siue ab intestato, Ita vt intestabiles dicendi sint potiùs quàm intestati, vt Baldus loquitur *ad d. leg. 2. num. 3. C. qui testament. facer. poss.* Quia scilicet non magis statutum quàm prætor potest tollere ius ciuile, Nec proinde facere vt qui nullam habet ciuitatem habeat heredem: sed si talis casus contingat in quo æquum videa-

videatur ſtatuentibus vt bona condemnati vltimo ſupplicio non ad fiſcum veniant ſed ad liberos, vel ad parentes, vel ad agnatos, aut cognatos ſiue certi, ſiue cuiuſcunque gradus, debet ita concipi ſtatutum vt bona iis applicentur quibus ea deferri ſtatuentes voluerunt, vt nullus iuri communi locus relinquatur in deferendis fiſco iis bonis quæ à ſtatuto ipſo non ſolùm delata ſint ſed etiam applicata iis qui ab inteſtato ſuccederent ſi condemnatio relinqueret locum ſucceſſioni iuris communis. Atque ita loqui Baldus debuit non quomodo locutus eſt *ad d. leg.* 2. *in fin.* perinde illis ſuccedi qui ex ſtatuti forma condemnati ſunt acſi ab inteſtato deceſſiſſent. Nam ſi ſenſit Baldus decedere illos non modò inteſtabiles, ſed etiam inteſtatos (quod ego non admitterem, niſi ſumpta *inteſtati* appellatione negatiuè magis quàm priuatiuè) cur adhibet fictionem illam quaſi in mendacio, iis verbis *acſi ab inteſtato deceſſiſſent*. Sin credidit quod verius eſt, non tam ſine teſtamento eos deceſſiſſe quàm ſine bonis, & ſine ciuitate, quid obſecro eſt quod ait Succedi eis de iure communi? Baldum fefellit quod Accurſius noſter *ad d. l.* 2. diſtinguit crimina publica à priuatis & ab extraordinariis, Sed non in eo de quo tractamus, cùm reus ad mortem damnatus eſt, ac in ſpecie illius legis, id eſt, cùm quis in reatu conſtitutus conſciuit ſibi mortem ante ſententiam, quo caſu quia neſcitur quam ſententiam paſſurus fuerit, neceſſariò inſpicienda eſt qualitas delicti, vt non aliter bona eius publicentur, quàm ſi tale crimen fuit, quod vel morte, vel deportatione puniri debuerit ſi vſque ad ſententiam reus vixiſſet *l.* 3. *§. vt autem D. de bon. eor. qui mortem ſibi conſciuer.* quarum tamen pœnarum neutra ſiue priuatis ſiue extraordinariis criminibus debetur. Quod nec Caſtrenſis ad eum locum videtur percepiſſe, vbi tam malè in hoc Accurſium reprehendit, quàm Baldum rectè. Aliud igitur eſt ſecuta ſententia mortis ex quocunque crimine, quia cùm ſententia ius faciat ſi ab ea non ſit appellatum, non tam cauſa inſpicienda eſt quàm pœna, quæ cùm non minor eſt licèt ex minori crimine irrogetur perinde ciuitatem adimit, atque ſi ex grauioris delicti cauſa infligeretur *d.l. quod ad ſtatum*. An igitur ex eiuſmodi ſtatutis pœnam mortis ſine vlla confiſcationis mentione irrogantibus bona ſtatim fiſco deferentur? Minimè ſed liberis primùm, deinde aſcendentibus vſque ad tertium gradum, iuxta *dict. Nouell.* 134. *cap. vltim.* Nec enim hoc caſu ſtatuti verba repugnant quominùs interpretationem illam paſſiuam recipere poſſint à iure communi, tantò magis quòd interpretatio illa & benignior & humanior eſt. Nam neque nouum eſt vt priores leges trahantur ad poſteriores, vt contrà, poſteriores interdum ad priores *l. ideò quia* 27. *cum l. præced. D. de legib.* Alioqui dicendum erit etiam teſtamenta iſtorum valitura ſi ne quidem ciuitatem & ius habendi heredis amittunt per pœnam ſtatuto irrogatam. Quod tamen abſurdum fuerit dicere. Idque & Caſtrenſis loco ſupradicto benè vidit, licèt moueatur paſſim mala illa ratione, quòd etiam illi qui ex forma ſtatuti vltimo ſupplicio afficiuntur fiant ſerui pœnæ; nam è contrario verum eſt, non fieri illos hodie ſeruos pœnæ: poſt *Anth. ſed hodie. C. de donat. int. vir. & vxor*. Sed tamen & illud ſemper verum eſt amittere illos ciuitatem & ius habendi heredis ſiue ex teſtamento, ſiue ab inteſtato: quod ſufficit vt eorum teſtamenta irrita fiant, & vt ceſſante iure communi egeant liberi & parentes

beneficio *Auth. bona damnatorum*, non ad succedendum, sed ad occupãda bona defuncti, ne, quod alioqui contingeret, fisco deferantur.

ERROR NONVS.

De statuto expressim confiscante bona condemnati. Et de statutorum interpretatione ac potestate.

QVAESTIONI superiori opposita hæc est, si statuto aliquo pœna confiscationis & publicationis bonorum omnium irrogetur, An nihilominùs possit locus esse *Nouellæ constitutioni* 134. *vt null. Iudic. cap. vlt.* Vnde sumpta est *Auth. bona damnatorum C. de bon. proscript.* Id est an applicanda sint bona liberis, & parentibus, adeóque secundum Irnerij & interpretum omnium sententiam agnatis & cognatis ex latere vsque ad tertium gradum, priusquàm fisco deferantur. Facit dubitationem quod vt superiore capite attigimus, Statuta omnia quantumuis stricti iuris esse dicantur, recipiunt tamen passiuam interpretationem adeóque extensionẽ à iure communi *l. 1. §. 1. D. de muner. & honor.* Bart. *ad l. omnes populi, versic. secundo casu D. de iustit. & iur.* Quidni ergo statutum alioquin odiosum sumet interpretationem ab eo communi iure quod Iustiniani constitutio induxit, vt liberorum & parentum saltem, si non etiam agnatorum ac cognatorum potior causa sit, quàm fisci? Adde quod iisdem interpretibus placet, non esse in potestate, & arbitrio iudicis vt bonorum publicationem vllo casu irroget contra dispositionem *dict. Auth. bona damnatorum*, alioqui si contrà fecerit, esse nullam ipso iure sententiam tanquam contra leges latam, vt tractat Dec. *cons.* 252. *numer.* 5. & Marsil. *in l. fin. num.* 189. *D. de iurisd. omn. iudic.* Ergo similiter dicendum videtur, vel nullius momenti esse statuta quæ expressim pugnent cum illa constitutione, vel ne pugnent sic esse interpretanda, vt in iis quoque eadem constitutio locum habeat. Quæ ratio erit fortior si eorum sententiam sequamur qui ius statutarium prætorio comparant, vt derogare quidem possit iuri ciuili, sicut prætorium, sed non in totum tollere ius ciuile *l. ius autem 7. D. de iustit. & iur.* Tolleret namque omnino si posset facere vt liberis quòque & parentibus fiscus præferretur, adeò vt nec portio vlla bonorum liberis reseruaretur. Atque ita plerique magni viri sentiunt quos refert Antoninus Tessaurus *Decis. Pedemont.* 198. *numer.* 1. Frequentior tamen schola interpretum contrà sentit, non esse locum Nouellæ constitutioni, quoties bonorum publicatio ex statuti forma irrogatur. Et rectè. Nam cùm publicari bona nihil aliud sit, quàm in publicum ærarium redigi & fisco applicari, apertiora sanè sunt hoc casu verba statuti, siue de publicatione loquantur, siue de confiscatione, quàm vt interpretatione vlla restringi ac temperari possint, tum enim recipiunt statuta interpretationem etiam extensiuam passiuè à iure communi, cùm aliquid in iis est aut obscurum, aut ambiguum quod aliqua egeat interpretatione, non etiam cùm nulla in verbis obscuritas aut ambiguitas est. Quo casu si ab iis facta sint statuta qui statuendi habuerint potestatem, aut sal-

Digitized by Google

saltem ab iis confirmata, qui confirmandi ius habuerint, (alioqui neque vim, neque nomen statutorum mererentur) quid obsecro impedire potest, quominùs effectum illum habeant, quem verba demonstrant? Cur ergo vel liberis vel parentibus, vel etiam cum Irnerio transuersalibus applicemus quod statutum tam disertis verbis applicat fisco? Planè si statuti verba sic concepta proponeres, vt neque publicationis neque confiscationis mentionem facerent: sed tantùm amissionis aut ademptionis bonorum, facilè admitterem locum esse *Auth. bona damnatorum*, quia neque statuti verba repugnarent, neque deficeret æquitas constitutionis quæ meliorem fecit condicionem descendentium in infinitum & ascendentium vsque ad tertium gradum quàm fisci. Nam statutum irrogans amissionem vel ademptionem bonorum ei quem vltimo supplicio affici iubet consentit cum iure communi & vetere & nouo, siquidem ex vtroque pœna eadem amissionis & ademptionis bonorum infligitur, quamuis in alium atque alium finem. Etenim iure vetere ideò auferebantur & adimebantur bona omnibus vltimo supplicio damnatis vt fisco applicarentur, Ex nouo autem iure ideò auferuntur, non vt fisco statim sed vt liberis primùm, deinde ascendentibus, tandem & omnibus illis deficientibus fisco applicentur. Idq; consequens etiam est ei quod passim nostri iactitant, Præsumi statuentes in dubio voluisse conformare se iuri communi, etiam in iis in quibus à iure communi recedere si voluissent, potuissent: At cùm ex statuti verbis non solùm adimuntur bona condemnato sed etiam applicantur fisco, Apparet manifestissimè id actum fuisse à statuentibus, vt nec ad liberos primùm, nec ad ascendentes, sed rectà in fiscum bona transirent. Alioqui non erat cur Iustinianus abrogaret iura vetera, si stare simul ista poterant vt & publicarentur bona, & liberis aut parentibus excluso fisco applicarentur. Atqui correxit Iustinianus haud dubiè iura vetera iis verbis *sed neque secundum veteres leges fisco eas applicari, sed siquidem habeant descendentes, & ascendentes vsque ad tertium gradum, eos habere.* Perinde igitur fatendum est ius illud nouissimum quod applicat liberis & parentibus ad tertium vsque gradum bona condemnati apertè corrigi per statuta, quæ illa ipsa bona applicant fisco: Nec magis stare posse ius illud Iustinianeum cum iure statutario de quo nunc agimus, quàm cum iure illo vetere quod à Iustiniano expressim abrogatum, per huiusmodi statuta in vsum reuocatur. Et ita Bartolus quoque sentit *ad leg. 1. D. de bonor. damnat.* cùm ait in plerisque Italiæ ciuitatibus statuta esse quæ tam priuatis quàm publicis criminibus pœnas irrogant, etiam cum publicatione bonorum, eáque seruari oportere. Neque est quòd quis pro contraria sententia obiiciat non magis posse in totum tolli ius ciuile per statutarium quàm per prætorium. Nam imò verò plus authoritatis habent statuta quàm edicta prætorum, vel eò id maximè, quòd legum vim & potestatem habent, siue ab iis condita sint, siue per eos confirmata qui legis condendæ ius habeant, Cùm tamen edicta Prætorum, neque leges sint, neque legi similes constitutiones §. *quos autem Instit. de bonor. possess.* Vnde est quod vulgò dicitur, quicquid potest fieri per legem posse fieri per statutum, vt tractant nostri *ad leg. 1. C. de summa Trinitate, & fide Catholica, & ad l. omnes populi 9. D. de iustitia & iure.* Itémque ad *l. vltim. §. quando in pendenti C. ad SC. Tertylli.* quia nec statuta ipsa quicquam aliud sunt, quàm leges municipales aut prouinciales;

Neque rursum tam illud est tollere ius ciuile, quàm corrigere, cùm per statutum alij deferuntur bona condemnati quàm quibus ciuile ius deferret. Id verò etiã prætor facere suo iure potuit *d.l. ius autem* 7. D. *de iust. & iur.* fecitq; in proponendo edicto, De bonorum possessionibus, Ex quo & emancipatos liberos & cognatos & plerosque alios ad successionem honorariam inuitauit, quos ius ciuile non agnoscebat, vt præfatur Iustin. *in Instit. Titul. de bonor. possess.* nẽpe quia nec succedere illos prohibebat. Si enim prohibiti fuissent isti iure ciuili succedere non potuisset eos admittere Prætor nisi tollendo ius ciuile ac faciendo contra leges, contra quas certum est nihil eum facere potuisse sed tantùm præter leges *l. necnon* 28. §. *quoadeius D. ex quib. caus. maior. in integr. restit. poss. l. cùm sponsus* 12. §. *si res talis sit D. de Public. in rem act.* Similiter igitur dici potest, etiam admissa comparatione iuris statutarij & prętorij, Non ideò videri posse sublatum ius ciuile per statutarium, aut à statuentibus factum quicquam fuisse contra leges, quòd bona condemnati quæ lex Iustiniani liberis primùm & parentibus applicauerat, per statutum applicentur fisco. Id enim ita demùm verè diceretur, si Iustinianus odio fisci prohibuisset expressim ne qua bonorum publicatio & confiscatio irrogari vnquam posset. At non id prohibuit, sed tantùm iussit vt liberi & parentes vsque ad tertium gradum fisco præferantur, nec rursus futuris legibus legem dixit Iustinianus, quod nec facere potuit sed tantùm præteritis, & veteribus vt ipse loquitur. Quæ cùm ex vera rectáque iuris ratione condemnati bona fisco addicerent, Non valde errauerit meo iudicio qui dixerit, Statuta illa si qua essent quæ Iustinianeam legem aperta vi tollerent ac delerent vt fisco ante liberos & parentes locum aperirent, sic accipienda fore, aut ad iuris ciuilis confirmationem, potiùs quàm extinctionem pertinerent. Ius enim ciuile verius illud est quod ex iuris ratione prudentúmque authoritate potiùs quàm ex Iustiniani vel Triboniani mente æstimatur. Tantùm abest vt valere possit argumentũ, quod contrariæ opinionis assertores adferunt à Iudice ad statutũ, Quasi non magis à statuto quàm à Iudice fieri aliquid possit quod pugnet cũ supradicta Nouella Iustin. constitutione. Nã de Iudice certũ quidẽ illud est, non aliam pœnã posse illũ constituere, quàm quæ legibus certa & ordinaria prescripta *est l. 1. §. 1. vers. nam si quidem D. ad SC. Turp. l. ordine* 15. *D. ad municip.* Nisi hactenus vt ei cui pecuniaria tantùm pœna iure ordinario irroganda fuit, etiam corporalem possit infligere, vt de illius fama & existimatione transigat, cuius iacturam condemnatus alioquin ex pecuniaria condemnatione passurus fuisset *l. quid ergo* 13. §. *pœna grauior. D. de his qui not. infam l. qui cum vno* 4. §. *ad tempus D. de re milit.* vbi mendum grauissimum est quod nemo quem viderim hucusque obseruauit, in verbis illis *si transactum de futuro sit*, Legendũ enim est non *de futuro* vt de periculo futuri tẽporis ea dictio accipiatur, quemadmodũ accipere coactus noster fuit Accursius, Nec rursum *de furto*, vt in quibusdam codicibus legi Accursius idem testatur, sed *de fama*, Nato facilè errore ex totidem ferè literarum, aut saltem linearum quibus literæ illæ constant, similitudine. Idque ex totius §. sensu quem nec Accursius ignorauit adeò apertum est vt nihil dici possit apertius. At in statuentibus qui statutorum condendorum potestatem & authoritatẽ habent siue iure proprio siue ex superioris licentia, qui etiam condendæ legis ius haberet, longè diuersum ius est cùm illi si non legem, saltem legi similẽ constitutionem facere possint, nec tantùm pro arbitrio statuere

id quod

Digitized by Google

id quod ex re & vtilitate populi magis esse videatur, sed etiam Iudicibus præscribere quid sequendum habeant, & iudicandum. Non ergo bona illatio est à Iudice ad statutum: vt neque à iure Prætorio ad ius statutarium, vel ob id maximè, quòd nulla vnquam lex aut Principis constitutio fuit, quæ Prætorum edictis, vt lex Hortensia plebiscitis, vim legum dederit, Quam tamen habent statuta vel per se, vel per confirmationem eorum de quibus dubitari non possit, quin condendæ legis authoritatem habeant, cùm sint ipsi suprà leges, vt esse creduntur, & reuera sunt omnes qui supremam in territorio suo potestatem, vel à Deo solo, vel ab ipso populo, vel denique à summo Pontifice, aut ab Imperatore acceperunt.

ERROR DECIMVS.

De portione quam in bonis condemnati leges veteres liberis reseruabant.

NONDVM absoluimus institutam superiore capite, De pœna publicationis per statutum irrogatę disputationem. Nam qui ex nostris interpretibus nobiscũ sentiunt, Statuta per quæ non tantùm damnatio capitis, sed etiam publicatio bonorum irrogatur, sic esse accipienda vt statim bona in fiscum transeant, licèt non desint ex condemnati descendentibus, qui eius bona sibi applicari velint, li rursum in tres diuisi sunt sententias. Quidam enim volunt vsque adeò fiscum pleno iure succedere, vt nulla penitus bonorum portio liberis reseruetur à Iudice, quibus nulla per statutum fuerit reseruata. Alij sententiam hanc quasi nimis inhumanam & crudelem damnantes, hactenus temperandam eam putarunt, vt pars aliqua liberis seruanda sit, Ea nimirum quam veteres leges liberis concedebãt *l.1.l.cùm ratio 7.D.de bon.damnat.* Id est dimidia *l.si deportatus 8.l.quando quis 10.C.eod.tit. De bon.proscript.* Nisi si quando tot erant liberi vt etiam vniuersa bona iis relinqui æquum videretur. Quo tamen casu, speciali rescripto Principis opus erat, cùm ex iure communi cuiuscunque numeri liberis non nisi dimidiam partem deberi placeret. Vnde illud etiam fiebat vt liberis eius cui dimidia tantùm pars bonorum ablata esset, partes non darentur *d.l.1.De bonis damnatorũ*. Quasi satis supérque liberis esse deberet si dimidiam partem haberent bonorum patris, quæ tota ex iure communi ad fiscum pertinere debuissent. Interpretantur autem nostri plures esse liberos non si duo tãtùm sint, quamuis dici soleat pluralem elocutionem duorum numero contentam esse *vulg.l.vbi numerus 12.D.de testib.* sed si plures sint quàm duo, puta tres aut quatuor, vt ex communi aliorum sententia tractat Antonin. Tessaur. *dec.Pedem.104.n.7.* Videt enim de filiis etiã in plurali numero agi plerisq; in locis in quibus nõ nisi dimidię partis mẽtio fit omnibus liberis applicãdæ vt *in d.l.si deportatus & d.l.si quando.* Dico autẽ *de filijs*, nõ autẽ *de liberis*, ne quis forte pro interpretibus respõdeat, liberorũ appellatione filiũ etiã vnicum significari *l.nõ est sine liberis 148.de verb.signific.* Et ita accipiũt illi quod scriptũ est

in d.l. cùm ratio 7. §. si plures D. de bonis damnat. si plures filios damnatus habeat, non deesse exempla per quę pluribus liberis omnia bona damnati concessa sint, Idémque iuris etiam hodie volunt obtinere iis in locis, in quibus adsunt vel edicta Principum, vel statuta ciuitatum quæ irrogant pœnam confiscationis, vt scilicet bona omnia liberis relinquantur, si plures illi sint quàm duo, atque ita inanis & illusoria fiat hoc casu confiscatio. Tertia & media eorum sententia est, qui neque tam inhumaniter tractant liberos condemnati vt nullam iis partem bonorum dari velint, neque rursus tam humaniter, vt vel eadem portiones quas olim dabat indulgentia Principis iis dandas hodie putent, multò minùs verò bona vniuersa, cuiuscunque tandem illi sint numeri, sed hoc adhibito temperamẽto, vt legitimam portionem solam habere debeant, id est trientem vel semissem, pro numero liberorum. Quam sententiam non modò in Mediolanensi Senatu receptam, sed etiam magis communiter ab interpretibus probatam esse testatur Iulius Clarus *in pract. crimin. quæst. 78. numer. 26. vers. videndum est*, licèt eo nomine reprehendatur ac propemodum falsi notetur à Tessauro *Decis. 198.* paulò ante finem. Consultò taceo distinctionem Salyceti *ad d. l. vltim. C. de bon. proscript.* An bona damnati sint exigua, an multa, Vt si exigua omnia pluribus filiis relinquenda sint, si verò multa etiam pluribus filiis dimidia tantùm tribuatur. Nam neque Salycetus ipse, neque pro Salyceto alius quisquam aut legem, aut rationem vllam allegat pro huiusmodi distinctione confirmanda, Excepto solo prætextu humanitatis, & fauore liberorum: Qui tamen si tantus esset, vt eius intuitu rationem iuris omnem violari oporteret, quidni aliorum potiùs opinionem tanquam humaniorem sequeremur, qui in magno quidem patrimonio distingui volũt, an plures sint quàm duo liberi necne, Iuxta *d. l. cùm ratio in princip. & §. si plures.* In exiguo autem patrimonio magis probant vt indistinctè totum illud relinquendum sit filio etiam vnico pro alimentis. Non enim defuerunt qui sic distinxerint, vt supradicto loco refert Tessaurus, vbi tamen addit neque iure vllo, neque ratione aliqua opinionẽ illam fundari. Ergo de tribus illis tantùm sententiis quas priore loco retulimus deliberari potest quænã potiùs sequenda sit. Primam duo potissimùm argumenta impugnant, vnum illud quod nimis dura videatur, impugnétque euidenter fauorem liberorum, quibus tamen ratio naturalis quasi lex quædã tacita parentum hereditatem addicit, vocando eos ad successionem velut debitam, Propter quod & in iure ciuili suorum heredum nomẽ eis inditum est, ita vt nec iudicio quidem parentis nisi meritis de causis ab ea successione summoueri possint, vt elegãter non minùs quàm verè Paulus noster scripsit in libro illo singulari quem ex professo composuit de portionibus, quæ liberis damnatorum conceduntur, ex quo sumpta est *d. l. cùm ratio 7. D. de bon. damnat.* Vbi ait ob has causas æquissimum existimatum esse, eo quoque casu quo propter pœnam parentis auffert bona damnatio rationem haberi liberorum ne alieno admisso & facinore grauiorem pœnam luerent, quos nulla contingeret culpa interdum in summam egestatem deuoluti: Quod tamen, inquit, cum aliqua moderatione definiri placuit, vt qui ad vniuersitatem successionis venturi erant, haberent saltem concessas ex ea portiones. Alterum est, quod statuta ista quæ bonorum publicationem irrogant iis ipsis casibus quibus ea Nouella Iustiniani constitutio

sustu-

Digitized by Google

ſuſtulerat, hoc ipſo quo derogant iuri nouiſſimo, videntur repetere, & in vſum reſtituere ius vetus, quod prudentum temporibus obtinebat, quódque Iuſtinianus abrogauerat, ex quo iure ſicut obſeruabatur vt condemnati bona publicari, & fiſco deferri oporteret, ita & illud, vt ex publicatis bonis portio dimidia liberis tribueretur, adeóque vniuerſa ſucceſſio ſi liberorum numerus id ſuadere videretur. vt *in d. §. ſi plures.* In toto námque iure id obtinet, vt ſublato vel amiſſo iure nouo ſuperſit vetus, *l. quoties duplici* 91. *De regul. iur.* Porrò non poteſt vetus ſupereſſe niſi cum omnibus ſuis qualitatibus, & condicionibus. Ergo ſtatuta quæ publicationis pœnam à Iuſtiniano antiquatam reſtituunt, neceſſariò ſic accipienda ſunt vt eædem portiones liberis conſeruentur, quas ipſis conſeruari placebat eo tempore quo bona publicabantur. Verùm facilis ad vtramque obiectionem reſponſio eſt. Ad primam quidem Poſſe dura videri ſtatuta quæ publicationem bonorum damnati ſic irrogant, vt nullam penitus habeant rationem liberorum, ſed tamen cùm & legum vim habeant, & iis verbis ſcripta ſint quæ nec dubitationi, nec interpretationi locum vllum relinquant, nihil aliud dici poſſe, quàm quod de lege Iulia Vlpianus ait in ſpecie *legis proſpexit* 12. *D. qui & à quibus manum.* perquàm durum quidem id eſſe, ſed ita legem ſcriptam eſſe. Et verò iam olim ita ius erat vt portiones illæ ex bonis condemnati liberis tribuerentur non tam ratione aliqua iure ſubnixa, quàm ex indulgentia Principali, vt loquuntur Imperatores *in dicta leg. quando quis.* Æquè igitur hodie neceſſaria eſt illa indulgentia, vt per confiſcationis pœnam quæ ex ſtatuto irrogatur non adeò liberi lædantur, quin eorum ratio aliqua habeatur. Quis autem eſt præter ſtatuentes ipſos qui hoc indulgere poſſit? Nec quod in ius commune indulgentia illa principalis tandem tranſierit, ad rem facit. Potuerunt enim pro arbitrio Imperatores aſperitatem illam iuris ciuilis temperare quam tamen aut corrigere, aut vlla etiam interpretatione lenire nec prudentes ipſi potuiſſent. Quanto minùs licere id debeat interpretibus, vt ſe interponant in ſtatuti aſperitate moderanda, cùm ſtatuti verba tam clara ſunt, vt neque interpretationem, neque verò dubitationem vllam poſſint recipere? Sed & in eo paſſim errant interpretes noſtri, quòd putant portiones iſtas fuiſſe olim reſeruatas liberis, & exceptas ne generali bonorum publicatione comprehenderentur, quod tamen non ita eſt. Vniuerſa enim bona fiſco applicabantur, tùm fiſcus ipſe ex indulgentia Principali eas portiones liberis concedebat, vt diſertè ſcriptum eſt *in d. leg. ſi deportatus* 8. *C. de bon. proſcript.* in illis verbis *omnia quæ fiſcus deliberis damnati concedit.* Itaque admiſſo etiam eo, quod interpretes volunt, vt huiuſmodi ſtatuta recipiant interpretationem paſſiuam, vt vocant, ex iure illo communi quod antè nouellam Iuſtiniani conſtitutionem obtinebat, non tamen illud conſequens fiet, vt bona omnia ex ſtatuto ad fiſcum pertinere non debeant, ſed hoc tantùm vt fiſcus poſtquàm tota bona occupauerit, tribuat liberis eas ipſas portiones quas olim tribuebat. Quomodo autem tribuet ſi nemo id indulgeat? Quis verò indulget præter noſtros interpretes? Atqui ſicut publicatio quæ hodie irrogatur ex ſtatuto non illa ipſa eſt quæ ex legibus publicorum iudiciorum, aut qua ex alia iuris parte olim irrogabatur, Sed prorſus alia

planè diuerſo iure inducta quãuis eiuſdẽ effectus & poteſtatis,ita fatendum eſt noua aliqua indulgentia opus eſſe,vt iuris veteris obſeruatio quæ ad authoritatem prodeſſe amplius non poteſt,proſit ſaltem ad exemplum. Quod autem ſecundo loco obiicitur,Per huiuſmodi ſtatuta redíri ad ius vetus abrogato iure nouo,neque verum eſt,neque etiamſi verum eſſet,ad rem tamẽ pertinet. Nam cùm ius illud vetus à Iuſtiniano abrogatum ſit, quamuis eo propoſito, vt liberorum ius augeretur non vt imminueretur, ſtatuta autem quæ publicationis pœnam ſimpliciter irrogant,ita abrogent Iuſtiniani conſtitutionem,vt tamen de vetere iure reſtituendo nihil exprimant:Omnino ſequitur publicationem quæ hodiè in vſu eſt non ex iure vetere æſtimãdam eſſe,ſed ex ſola ſtatuti poteſtate. Argumento eſt quod euenit plerumque vt crimen tale ſit quod ex iure communi neque pœnam mortis, neque amiſſionem bonorum irroget, Et tamen vtraque pœna per ſtatutum pro eo crimine infligatur,vt puta pro furto,aut vt pœna ſola publicationis bonorum ſine vltimo ſupplicio,quod cùm accidit, nemo vtique dixerit interpretandum eſſe ſtatutum ex iure communi cùm his caſibus pœna publicationis ſit merè ſtatutaria,& à iure communi prorſus exorbitans vt loquuntur,nec proinde ex eo iure communi æſtimanda. Tantum abeſt vt eam indulgentiæ principalis interpretationem & moderationem poſſit admittere quam vetus confiſcatio admittebat.Ergo neque aliis caſibus liberorum ratio haberi vlla poterit, quia in omnibus eadem eſt ſtatuti poteſtas, nec aliis verbis concepta vno caſu quàm alio pœna confiſcationis bonorum.Denique cùm veriſſimum ſit quod ſupradixi,Etiam ius vetus ita fuiſſe comparatum,vt neque per liberos,neque propter liberos confiſcatio totorum bonorum impediretur,ſed tantùm vt à fiſco qui vniuerſa bona occupaſſet pars eorum aliqua liberis ex Principali prouidentia & indulgẽtia tribueretur *d. l.ſi deportatus* 8.*& d.l.ſi quando quis* 10.*C. de bon.proſcript.*fatendum eſt nullam hodie in ſtatutorum interpretatione & executione haberi poſſe rationem iſtius antiquæ principalis indulgentiæ,cùm nihil ſit in ſtatuti verbis ex quo probari poſſit cogendum fiſcum vt etiamnum portiones illas liberis concedat,quæ niſi à fiſco ipſo poſteaquàm ſucceſſit,concedantur, nec peti, nec obtineri per liberos vllo modo poſſunt. Maneat igitur hæc firma, veriſſimáque ſententia,ſi ſtatutum quod bonorum vniuerſorum publicationem irrogat nihil de liberis cauerit, nullam penitus iis portionem deberi ex bonis condemnati,neque abſurda & iniqua videri poteſt hæc ſententia ſi fauori liberorum opponas fauorem vtilitatis publicæ quæ ſcilicet poſtulat, vt iis pœnis omnibus delicta vindicentur , propter quas credibile ſit futurum,vt à criminibus admittendis vel peſſimus quiſque deterreatur. Certum enim eſt pleroſque ſic affectos eſſe qui liberos habent,vt metu amiſſionis bonorum magis torqueantur,& torreantur in liberis quàm in propria ſua perſona *l. iſti quidem* 8.*D. quod met. cauſ.* Quam ob cauſam id quoque iure vetere obſeruatum fuiſſe videmus,& promiſſum parentibus vt etiam poſthumos necdum editos poſſent in teſtamento exheredare, nec tantùm bona mente & vt iis prodeſſent,vt in *l. multi* 19. *D. de liber. & poſthum.* ſed etiam malo animo & vt eos à ſua ſucceſſione arcerent *Tot.tit.ff. de liber. & poſthum. he. ed.inſt.vel exhered.D.& C.l.3.D.de inuſt.rupt.* Quamuis certum eſſet poſthumum in vtero matris exiſtentem nullam ingratitudinis cauſam neque admiſiſſe,neque admittere potuiſſe. Nimirum vt eo metu exheredationis

dationis posthumi, magis ac magis in officio & pudicitia vxores continerentur, scientes futurum vt si quid secus facerent, edituræ tandem essent partum miserum ac perpetua egestate laborantem, quem earum odio pater exheredasset. Sed aliorum sententiæ quas retulimus nobis confutandæ sunt, & eorum maximè qui putant ita comparatum fuisse ius vetus, vt si tres aut quatuor liberi ex condemnato supererent, vniuersa condemnati bona iis applicari deberent ex *dict. §. si plures l. cùm ratio de bon. damnat.* De cuius sententia & emendatione ideò nobis dicendum est proxima Decade, ne hîc longiores simus.

ANTONII FABRI I. C. SEBVSIANI SENATORIS SABAVDIENSIS, ET IN GEBENNENSIS DVCATVS AVDITORIO PRAESIDIS,

DE ERROR. PRAGMAT. ET INTERPR. IVR. *DECAS LXXIV.*

ERROR PRIMVS.

De sententia l. cùm ratio 7. §. si plures. D. de bon. damnat. & l. quando quis 10. C. de bon. proscript.

SI plures filios damnatus habeat, feruntur exempla, inquit Paulus, per quæ pluribus liberis omnia bona damnati concessa sint. Inter cætera verò exẽplum illud rescripti cuius eodem loco Paulus meminit. Refert enim cùm ex facto accidisset, vt qui plures filios reliquerat damnatus esset eo damnationis genere, ex quo bonorũ publicatio sequebatur, impetratum fuisse ab Imperatore vt vniuersa bona liberis tribuerentur, eiúsque rescripti rationẽ ipsis etiam Imperatoris verbis expressam non aliam fuisse, quàm numerum liberorum, sed tamen quot essent in ea specie liberi, neque Pauli, neque rescripti verba ostendunt. Indéque nimirum liberam sibi facultatem adrogarunt interpretes coniiciendi fuisse quidem illos plures quàm duos, nec pauciores tribus, potuisse tamen sufficere ad inducendam rescripti æquitatem, monendúm-

que Imperatorem vt tres essent. Cur verò plures quàm duos? An quòd dictio illa *plures*, aut quod idem est pluralis numerus verificari non possit in duobus? Imò potest, vt constat ex *l. vbi numerus* 12. *D. de testib.* & habet hæc res naturalem intellectum. At quia vident interpretes aliis plerisque iuris locis mentionem fieri portionum concessarum donnati filiis in numero plurali, nec ideò tamen vniuersa bona filiis concessa fuisse, sed tantùm portionem, aut quod idem est portiones. Vnica enim portio est quæ liberis conceditur, sed quam tamen in tot portiunculas distribui necesse est, quot sunt capita filiorum. *l. 1. §. 1. & seqq. eod. tit. l. si deportatus* 8. *l. si quando quis* 10. *C. eod.* Itaque ne pugnarēt ij loci cum *d. §. si plures* coacti sunt interpretes dicere accipiendos eos esse de liberis qui duo tantùm sint nec plures, at illum *§. si plures* de iis qui plures sint quàm duo, nec pauciores tribus. In quo faciunt meo iudicio parum subtiliter, qui non vident *in d. l. si deportatus*, tractari de deportato habente si non plures quàm quatuor, saltem quatuor liberos, Duos in potestate, & duos emancipatos: verba enim legis sunt *si deportatus suos & emancipatos filios habuerit*. Suos igitur in numero plurali, itémque emancipatos similiter in plurali numero, & consequenter suos binos, & totidem emancipatos. Et tamen non nisi partem bonorum patris deportati in ea specie concessam fuisse liberis, non etiam vniuersitatem, apparet ex eo quod statim sequitur in lege *pars quæ ex bonis eius liberis concessa est*. Non igitur verum est quod interpretibus placet statim atque plures sunt, quàm duo liberi, bona omnia liberis concedenda esse. Nec aliter ab Imp. Hadriano constitutum fuisse putandum est in eo rescripto de quo *in d. §. si plures*, cùm ea lex sit Imperatorum Gratiani, Valentiniani & Theodosij qui longo seculorum interuallo Hadrianum secuti sunt. Idem probatur nec minùs apertè *ex d. l. quando quis*, in qua distinguunt Imperatores Theodosius & Valens, An Curialis & Decurio sit qui deportationis pœnam passus est, an alius quilibet, vt si decurio non sit & filios vel filias, vel ex defunctis filiis nepotes reliquerit, dimidia parte ærario vindicata, alia dimidia eis reseruetur. Si verò Decurio fuerit, & ei soboles existat etiam quæ nondū procreata sit, ea integris patris fortunis fulciatur. Sin filia vel filię fuerint, pars dimidia ad eas deuoluatur facultatum, alia pars ad Curiam. Sin autem mares Curialis (sic enim lego non *curiales*) fuerint intermixti, dimidia pars eis Curiæ nomine deferatur, & alia quam in commune omnibus tribuit indulgentia principalis pro virili diuidatur portione. Quę distinctio manca sanè esset egerétque subdistinctione circa numerum liberorum, si quod ait de parte tantùm danda, siue filiis, siue filiabus non alio casu verum esse posset, quàm quo non plures, quàm duo filij, aut quàm duæ filiæ superesse proponerētur: Nec potuerunt meliùs Imperatores ostendere, cuiuscunque numeri liberis non nisi partem dimidiam concessam esse, quàm quòd nullā de numero distinctionem adhibuerunt, cùm tamen & circa condicionem deportati & circa sexū distinxerint. Illa enim verba *si verò filij vel filiæ relicti erunt*, cùm pluralē elocutionē contineant, non minùs apta sunt vt tres & quatuor pluréſve filios aut filias significent, quàm vt duos filios, duásve filias. Nec quòd pluralis elocutio duorum numero contenta est facere debet vt ad duorum numerum restringatur: Estque longè facilius vt pluralis numerus etiam in vna persona verificetur, quàm vt non verificetur in tribus, vel pluribus. Quò enim plures personæ sunt, eo conuenientior pluralis numerus est

ad

Digitized by Google

ad omnes significan!as. Idémque tractari potest de aliis verbis illis eiusdem legis *si filiæ vel filiæ fuerint.* Nam cum lex filiam quidem dicit, vnicam intelligit, quamquam nec nouum est vt singularis numerus ad pluralis quoque significationem extendatur, vt cùm lex duodecim tabularum dixit *agnatus proximus familiam habeto.* Sed cùm lex addit *vel filiæ fuerint* quidni de tribus & quatuor, perinde ac de duabus filiabus intellexit? Sunt autem apertiora verba illa in secunda parte prioris distinctionis posita *vel nepotes ex defunctis filijs.* Nam cùm & de filiis defunctis in plurali numero loquantur, & de nepotibus quoque in plurali superstitibus ex iis filiis defunctis, nulla sanè ratio est cur debeant intelligi de illo tantùm casu, quo nec nisi duo filij fuerint qui defuncti sunt, nec nisi vnus ex vno quoque filio nepos. Esset enim illa nimia & duplex restrictio, vtraq; omnino improbabilis. Præter id quòd supradicta verba non tractant eum casum, quo soli supersint nepotes ex filiis prædefunctis, nullus autem alius ex filiis primi gradus, sed generaliorem illum, quo supersint nepotes ex prædefunctis filiis, siue soli ij sint, siue cum patruo concurrant qui sit filius primi gradus. Alioqui esset hic casus prætermissus, qui tamen minimè fuerat prætermittendus, cùm æquè facilè possit contingere. An non enim æquè fieri potest vt damnatus tres filios habuerit, quorum vnus adhuc viuat, alij verò prædefuncti sint prole aliqua superstite, atque vt duos tantùm filios habuerit, qui ambo prædecesserint? Porrò si ponas tres ab initio fuisse filios quorum vnus adhuc superstes sit, alij verò filios reliquerint, fieri non potest vt non plures sint quàm duo, inter quos portionem illam liberis concessam diuidi oporteat. Ergo fatendum est vel prætermissum ab Imperatoribus fuisse hunc casum, vel eam legis esse sententiam, vt etiamsi plures sint quàm duo liberi hominis deportati, non eò magis tamen plus quàm dimidia pars iis omnibus in commune tribuenda sit. De quo ne dubitare possimus, facit vltima pars illa distinctionis positæ in eadem lege, *sin autem mares Curialis fuerint intermixti*, cuius sententia nobis paullò latiùs enarranda est.

ERROR SECVNDVS.

De priuilegio masculorum inter liberos Decurionis condemnati. Ad posteriorem partem d. l. quando quis 10. *Et ad l. si deportatus* 8. *C. de bon. proscript.*

DISTINGVNT namque Imperatores circa liberos decurionis tres casus in quibus aliter atque aliter obseruari volunt quod pertinet ad portionem hanc liberis tribuendam. Vel enim masculi tantùm supersunt, vel tantùm fœminæ, vel intermixti mares fœminis. Primo casu volunt facultates integras ad sobolem masculinam pertinere. In eóque melioris condicionis esse sobolem decurionis, quàm alterius condemnati cuiuslibet, cùm in cæteris etiamsi plures sint masculi, omnes tamen non nisi dimidiam vnam consequantur: Decurionis verò filius masculus quamuis vnicus vniuersa patris bona retineat. Adeóque tametsi nondum editus sit eo

beneficio *Auth. bona damnatorum*, non ad succedendum, sed ad occupãda bona defuncti, ne, quod alioqui contingeret, fisco deferantur.

ERROR NONVS.

De statuto expressim confiscante bona condemnati. Et de statutorum interpretatione ac potestate.

QVAESTIONI superiori opposita hæc est, si statuto aliquo pœna confiscationis & publicationis bonorum omnium irrogetur, An nihilominùs possit locus esse *Nouellæ constitutioni* 134. *vt null. Iudic. cap. vlt.* Vnde sumpta est *Auth. bona damnatorum C. de bon. proscript.* Id est an applicanda sint bona liberis, & parentibus, adeóque secundum Irnerij & interpretum omnium sententiam agnatis & cognatis ex latere vsque ad tertium gradum, priusquàm fisco deferantur. Facit dubitationem quod vt superiore capite attigimus, Statuta omnia quantumuis stricti iuris esse dicantur, recipiunt tamen passiuam interpretationem adeóque extensionẽ à iure communi *l. 1. §. 1. D. de muner. & honor.* Bart. *ad l. omnes populi, versic. secundo casu D. de iustit. & iur.* Quidni ergo statutum alioquin odiosum sumet interpretationem ab eo communi iure quod Iustiniani constitutio induxit, vt liberorum & parentum saltem, si non etiam agnatorum ac cognatorum potior causa sit, quàm fisci? Adde quod iisdem interpretibus placet, non esse in potestate, & arbitrio iudicis vt bonorum publicationem vllo casu irroget contra dispositionem *dict. Auth. bona damnatorum*, alioqui si contrà fecerit, esse nullam ipso iure sententiam tanquam contra leges latam, vt tractat Dec. *cons.* 252. *numer.* 5. & Marsil. *in l. fin. num.* 189. *D. de iurisd. omn. iudic.* Ergo similiter dicendum videtur, vel nullius momenti esse statuta quæ expressim pugnent cum illa constitutione, vel ne pugnent sic esse interpretanda, vt in iis quoque eadem constitutio locum habeat. Quæ ratio erit fortior si eorum sententiam sequamur qui ius statutarium prætorio comparant, vt derogare quidem possit iuri ciuili, sicut prætorium, sed non in totum tollere ius ciuile *l. ius autem 7. D. de iustit. & iur.* Tolleret namque omnino si posset facere vt liberis quòque & parentibus fiscus præferretur, adeò vt nec portio vlla bonorum liberis reseruaretur. Atque ita plerique magni viri sentiunt quos refert Antoninus Tessaurus *Decis. Pedemont.* 198. *numer.* 1. Frequentior tamen scho la interpretum contrà sentit, non esse locum Nouellæ constitutioni, quoties bonorum publicatio ex statuti forma irrogatur. Et rectè. Nam cùm publicari bona nihil aliud sit, quàm in publicum ærarium redigi & fisco applicari, apertiora sanè sunt hoc casu verba statuti, siue de publicatione loquantur, siue de confiscatione, quàm vt interpretatione vlla restringi ac temperari possint, tum enim recipiunt statuta interpretationem etiam extensiuam passiuè à iure communi, cùm aliquid in iis est aut obscurum, aut ambiguum quod aliqua egeat interpretatione, non etiam cùm nulla in verbis obscuritas aut ambiguitas est. Quo casu si ab iis facta sint statuta qui statuendi habuerint potestatem, aut sal-

Digitized by Google

saltem ab iis confirmata, qui confirmandi ius habuerint, (alioqui neque vim, neque nomen statutorum mererentur) quid obsecro impedire potest, quominùs effectum illum habeant, quem verba demonstrant? Cur ergo vel liberis vel parentibus, vel etiam cum Irnerio transuersalibus applicemus quod statutum tam disertis verbis applicat fisco? Planè si statuti verba sic concepta proponeres, vt neque publicationis neque confiscationis mentionem facerent: sed tantùm amissionis aut ademptionis bonorum, facilè admitterem locum esse *Auth. bona damnatorum*, quia neque statuti verba repugnarent, neque deficeret æquitas constitutionis quæ meliorem fecit condicionem descendentium in infinitum & ascendentium vsque ad tertium gradum quàm fisci. Nam statutum irrogans amissionem vel ademptionem bonorum ei quem vltimo supplicio affici iubet consentit cum iure communi & vetere & nouo, siquidem ex vtroque pœna eadem amissionis & ademptionis bonorum infligitur, quamuis in alium atque alium finem. Etenim iure vetere ideò aufferebantur & adimebantur bona omnibus vltimo supplicio damnatis vt fisco applicarentur, Ex nouo autem iure ideò auferuntur, non vt fisco statim sed vt liberis primùm, deinde ascendentibus, tandem & omnibus illis deficientibus fisco applicentur. Idq; consequens etiam est ei quod passim nostri iactitant, Præsumi statuentes in dubio voluisse conformare se iuri communi, etiam in iis in quibus à iure communi recedere si voluissent, potuissent: At cùm ex statuti verbis non solùm adimuntur bona condemnato sed etiam applicantur fisco, Apparet manifestissimè id actum fuisse à statuentibus, vt nec ad liberos primùm, nec ad ascendentes, sed rectà in fiscum bona transirent. Alioqui non erat cur Iustinianus abrogaret iura vetera, si stare simul ista poterant vt & publicarentur bona, & liberis aut parentibus excluso fisco applicarentur. Atqui correxit Iustinianus haud dubiè iura vetera iis verbis *sed neque secundum veteres leges fisco ea applicari, sed siquidem habeant descendentes, & ascendentes vsque ad tertium gradum, eos habere.* Perinde igitur fatendum est ius illud nouissimum quod applicat liberis & parentibus ad tertium vsque gradum bona condemnati apertè corrigi per statuta, quæ illa ipsa bona applicant fisco: Nec magis stare posse ius illud Iustinianeum cum iure statutario de quo nunc agimus, quàm cum iure illo vetere quod à Iustiniano expressim abrogatum, per huiusmodi statuta in vsum reuocatur. Et ita Bartolus quoque sentit *ad leg. 1. D. de bonor. damnat.* cùm ait in plerisque Italiæ ciuitatibus statuta esse quæ tam priuatis quàm publicis criminibus pœnas irrogant, etiam cum publicatione bonorum, eáque seruari oportere. Neque est quòd quis pro contraria sententia obiiciat non magis posse in totum tolli ius ciuile per statutarium quàm per prætorium. Nam imò verò plus authoritatis habent statuta quàm edicta prætorum, vel eò, id maximè, quòd legum vim & potestatem habent, siue ab iis condita sint, siue per eos confirmata qui legis condendæ ius habeant, Cùm tamen edicta Prætorum, neque leges sint, neque legi similes constitutiones §. *quos autem Instit. de bonor. possess.* Vnde est quod vulgò dicitur, quicquid potest fieri per legem posse fieri per statutum, vt tractant nostri *ad leg. 1. C. de summa Trinitate, & fide Catholica, & ad l. omnes populi 9. D. de iustitia & iure.* Itémque ad *l. vltim. §. quando in pendenti C. ad SC. Tertylli.* quia nec statuta ipsa quicquam aliud sunt, quàm leges municipales aut prouinciales;

Digitized by Google

Neque rursum tam illud est tollere ius ciuile, quàm corrigere, cùm per statutum alij deferuntur bona condemnati quàm quibus ciuile ius deferret. Id verò etiá prætor facere suo iure potuit *d.l.ius autem* 7.D.*de iust.& iur.* fecitq; in proponendo edicto, De bonorum possessionibus, Ex quo & emancipatos liberos & cognatos & plerosque alios ad successionem honorariam inuitauit, quos ius ciuile non agnoscebat, vt præfatur Iustin. *in Instit. Tit. de bonor. possess.* nempe quia nec succedere illos prohibebat. Si enim prohibiti fuissent isti iure ciuili succedere non potuisset eos admittere Prætor nisi tollendo ius ciuile ac faciendo contra leges, contra quas certum est nihil eum facere potuisse sed tantùm præter leges *l.necnon* 28.§.*quoadeius D. ex quib. caus. maior. in integr. restit. poss.l. cùm sponsus* 12.§.*si res talis sit D. de Public. in rem act.* Similiter igitur dici potest, etiam admissa comparatione iuris statutarij & prętorij, Non ideò videri posse sublatum ius ciuile per statutarium, aut à statuentibus factum quicquam fuisse contra leges, quòd bona condemnati quæ lex Iustiniani liberis primùm & parentibus applicauerat, per statutum applicentur fisco. Id enim ita demùm verè diceretur, si Iustinianus odio fisci prohibuisset expressim ne qua bonorum publicatio & confiscatio irrogari vnquam posset. At non id prohibuit, sed tantùm iussit vt liberi & parentes vsque ad tertium gradum fisco præferantur, nec rursus futuris legibus legem dixit Iustinianus, quod nec facere potuit sed tantùm præteritis, & veteribus vt ipse loquitur. Quæ cùm ex vera rectáque iuris ratione condemnati bona fisco addicerent, Non valde errauerit meo iudicio qui dixerit, Statuta illa si qua essent quæ Iustinianeam legem aperta vi tollerent ac delerent vt fisco ante liberos & parentes locum aperirent, sic accipienda fore, aut ad iuris ciuilis confirmationem, potiùs quàm extinctionem pertinerent. Ius enim ciuile verius illud est quod ex iuris ratione prudentúmque authoritate potiùs quàm ex Iustiniani vel Triboniani mente æstimatur. Tantùm abest vt valere possit argumentũ, quod contrariæ opinionis assertores adferunt à Iudice ad statutũ, Quasi non magis à statuto quàm à Iudice fieri aliquid possit quod pugnet cũ supradicta Nouella Iustin. constitutione. Nã de Iudice certũ quidẽ illud est, non aliam pœnã posse illũ constituere, quàm quæ legibus certa & ordinaria prescripta *est l.1.§.1.vers. nam si quidem D. ad SC. Turp. l. ordine* 15. *D. ad municip.* Nisi hactenus vt ei cui pecuniaria tantùm pœna iure ordinario irroganda fuit, etiam corporalem possit infligere, vt de illius fama & existimatione transigat, cuius iacturam condemnatus alioquin ex pecuniaria condemnatione passurus fuisset *l.quid ergo* 13.§. *pœna grauior. D. de his qui not. infam l. qui cum vno* 4. §. *ad tempus D. de re milit.* vbi mendum grauissimum est quod nemo quem viderim hucusque obseruauit, in verbis illis *si transactum de futuro sit*, Legendũ enim est non *de futuro* vt de periculo futuri tẽporis ea dictio accipiatur, quemadmodũ accipere coactus noster fuit Accursius, Nec rursum *de furto*, vt in quibusdam codicibus legi Accursius idem testatur, sed *de fama*, Nato facilè errore ex totidem ferè literarum, aut saltem linearum quibus literæ illæ constant, similitudine. Idque ex totius §. sensu quem nec Accursius ignorauit adeò apertum est vt nihil dici possit apertius. At in statuentibus qui statutorum condendorum potestatem & authoritatẽ habent siue iure proprio siue ex superioris licentia, qui etiam condendæ legis ius haberet, longè diuersum ius est cùm illi si non legem, saltem legi similẽ constitutionem facere possint, nec tantùm pro arbitrio statuere

id quod

id quod ex re & vtilitate populi magis esse videatur, sed etiam Iudicibus præscribere quid sequendum habeant, & indicandum. Non ergo bona illatio est à Iudice ad statutum: vt neque à iure Prætorio ad ius statutarium, vel ob id maximè, quòd nulla vnquam lex aut Principis constitutio fuit, quæ Prætorum edictis, vt lex Hortensia plebiscitis, vim legum dederit, Quam tamen habent statuta vel per se, vel per confirmationem eorum de quibus dubitari non possit, quin condendæ legis authoritatem habeant, cùm sint ipsi suprà leges, vt esse creduntur, & reuera sunt omnes qui supremam in territorio suo potestatem, vel à Deo solo, vel ab ipso populo, vel denique à summo Pontifice, aut ab Imperatore acceperunt.

ERROR DECIMVS.

De portione quam in bonis condemnati leges veteres liberis reseruabant.

NONDVM absoluimus institutam superiore capite, De pœna publicationis per statutum irrogatę disputationem. Nam qui ex nostris interpretibus nobiscũ sentiunt, Statuta per quæ non tantùm damnatio capitis, sed etiam publicatio bonorum irrogatur, sic esse accipienda vt statim bona in fiscum transeant, licèt non desint ex condemnati descendentibus, qui eius bona sibi applicari velint, Ii rursum in tres diuisi sunt sententias. Quidam enim volunt vsque adeò fiscum pleno iure succedere, vt nulla penitus bonorum portio liberis reseruetur à Iudice, quibus nulla per statutum fuerit reseruata. Alij sententiam hanc quasi nimis inhumanam & crudelem damnantes, hactenus temperandam eam putarunt, vt pars aliqua liberis seruanda sit, Ea nimirum quam veteres leges liberis concedebãt *l.I.l.cùm ratio* 7. *D.de bon.damnat.* Id est dimidia *l.si à portatus* 8 *l.quando quis* 10. *C.eod.tit. De bon.proscript.* Nisi si quando tot erant liberi vt etiam vniuersa bona iis relinqui æquum videretur. Quo tamen casu, speciali rescripto Principis opus erat, cùm ex iure communi cuiuscunque numeri liberis non nisi dimidiam partem deberi placeret. Vnde illud etiam fiebat vt libetis eius cui dimidia tantùm pars bonorum ablata esset, partes non darentur *d.l.1. De bonis damnatorũ*. Quasi satis supérque liberis esse deberet si dimidiam partem haberent bonorum patris, quæ tota ex iure communi ad fiscum pertinere debuissent. Interpretantur autem nostri plures esse liberos non si duo tãtùm sint, quamuis dici soleat pluralem elocutionem duorum numero contentam esse *vulg.l.vbi numerus* 12. *D.de testib.* sed si plures sint quàm duo, puta tres aut quatuor, vt ex communi aliorum sententia tractat Antonin. Tessaur. *dec.Pedem.*104.*n.*7. Vidẽt enim de filiis etiã in plurali numero agi pleriſq; in locis in quibus nõ nisi dimidię partis mẽtio fit omnibus liberis applicãdæ vt *in d.l.si deportatus & d.l.si quando.* Dico autẽ *de filijs*, nõ autẽ *de liberis*, ne quis fortè pro interpretibus respõdeat, liberorũ appellatione filiũ etiã vnicum significari *l.nõ est sine liberis* 148. *de verb.signific.* Et ita accipiũt illi quod scriptũ est

Digitized by Google

in d.l. cùm ratio 7. §. si plures D. de bonis damnat. si plures filios damnatus habeat, non deesse exempla per quę pluribus liberis omnia bona damnati concessa sint, Idémque iuris etiam hodie volunt obtinere iis in locis, in quibus adsunt vel edicta Principum, vel statuta ciuitatum quæ irrogant pœnam confiscationis, vt scilicet bona omnia liberis relinquantur, si plures illi sint quàm duo, atque ita inanis & illusoria fiat hoc casu confiscatio. Tertia & media eorum sententia est, qui neque tam inhumaniter tractant liberos condemnati vt nullam iis partem bonorum dari velint, neque rursus tam humaniter, vt vel eadem portiones quas olim dabat indulgentia Principis iis dandas hodie putent, multò minùs verò bona vniuersa, cuiuscunque tandem illi sint numeri, sed hoc adhibito temperamẽto, vt legitimam portionem solam habere debeant, id est trientem vel semissem, pro numero liberorum. Quam sententiam non modò in Mediolanensi Senatu receptam, sed etiam magis communiter ab interpretibus probatam esse testatur Iulius Clarus *in pract. crimin. quæst. 78. numer. 26. vers. videndum est*, licèt eo nomine reprehendatur ac propemodum falsi notetur à Tessauro *Decis. 198.* paulò ante finem. Consultò taceo distinctionem Salyceti *ad d. l. vltim. C. de bon. proscript.* An bona damnati sint exigua, an multa, Vt si exigua omnia pluribus filiis relinquenda sint, si verò multa etiam pluribus filiis dimidia tantùm tribuatur. Nam neque Salycetus ipse, neque pro Salyceto alius quisquam aut legem, aut rationem vllam allegat pro huiusmodi distinctione confirmanda, Excepto solo prætextu humanitatis, & fauore liberorum: Qui tamen si tantus esset, vt eius intuitu rationem iuris omnem violari oporteret, quidni aliorum potiùs opinionem tanquam humaniorem sequeremur, qui in magno quidem patrimonio distingui volũt, an plures sint quàm duo liberi necne, luxta *d. l. cùm ratio in princip. & §. si plures.* In exiguo autem patrimonio magis probant vt indistinctè totum illud relinquendum sit filio etiam vnico pro alimentis. Non enim defuerunt qui sic distinxerint, vt supradicto loco refert Tessaurus, vbi tamen addit neque iure vllo, neque ratione aliqua opinionẽ illam fundari. Ergo de tribus illis tantùm sententiis quas priore loco retulimus deliberari potest quænã potiùs sequenda sit. Primam duo potissimùm argumenta impugnant, vnum illud quod nimis dura videatur, impugnétque euidenter fauorem liberorum, quibus tamen ratio naturalis quasi lex quædã tacita parentum hereditatem addicit, vocando eos ad successionem velut debitam, Propter quod & in iure ciuili suorum heredum nomẽ eis inditum est, ita vt nec iudicio quidem parentis nisi meritis de causis ab ea successione summoueri possint, vt elegãter non minùs quàm verè Paulus noster scripsit in libro illo singulari quem ex professo composuit de portionibus, quæ liberis damnatorum conceduntur, ex quo sumpta est *d. l. cùm ratio 7. D. de bon. damnat.* Vbi ait ob has causas æquissimum existimatum esse, eo quoque casu quo propter pœnam parentis auffert bona damnatio rationem haberi liberorum ne alieno admisso & facinore grauiorem pœnam luerent, quos nulla contingeret culpa interdum in summam egestatem deuoluti: Quod tamen, inquit, cum aliqua moderatione definiri placuit, vt qui ad vniuersitatem successionis venturi erant, haberent saltem concessas ex ea portiones. Alterum est, quod statuta ista quæ bonorum publicationem irrogant iis ipsis casibus quibus ea Nouella Iustiniani constitutio

sustu-

Digitized by Google

sustulerat, hoc ipso quo derogant iuri nouissimo, videntur repetere, & in vsum restituere ius vetus, quod prudentum temporibus obtinebat, quódque Iustinianus abrogauerat, ex quo iure sicut obseruabatur vt condemnati bona publicari, & fisco deferri oporteret, ita & illud, vt ex publicatis bonis portio dimidia liberis tribueretur, adeóquè vniuersa successio si liberorum numerus id suadere videretur. vt *in d. §. si plures.* In toto námque iure id obtinet, vt sublato vel amisso iure nouo superstit vetus, *l. quoties duplici* 91. *De regul. iur.* Porrò non potest vetus superesse nisi cum omnibus suis qualitatibus, & condicionibus. Ergo statuta quæ publicationis pœnam à Iustiniano antiquatam restituunt, necessariò sic accipienda sunt vt eædem portiones liberis conseruentur, quas ipsis conseruari placebat eo tempore quo bona publicabantur. Verùm facilis ad vtramque obiectionem responsio est. Ad primam quidem Posse dura videri statuta quæ publicationem bonorum damnati sic irrogant, vt nullam penitus habeant rationem liberorum, sed tamen cùm & legum vim habeant, & iis verbis scripta sint quæ nec dubitationi, nec interpretationi locum vllum relinquant, nihil aliud dici posse, quàm quod de lege Iulia Vlpianus ait in specie *legis prospexit* 12. *D. qui & à quibus manum.* perquàm durum quidem id esse, sed ita legem scriptam esse. Et verò iam olim ita ius erat vt portiones illæ ex bonis condemnati liberis tribuerentur non tam ratione aliqua iure subnixa, quàm ex indulgentia Principali, vt loquuntur Imperatores *in dicta leg. quando quis.* Æque igitur hodie necessaria est illa indulgentia, vt per confiscationis pœnam quæ ex statuto irrogatur non adeò liberi lædantur, quin eorum ratio aliqua habeatur. Quis autem est præter statuentes ipsos qui hoc indulgere possit? Nec quod in ius commune indulgentia illa principalis tandem transierit, ad rem facit. Potuerunt enim pro arbitrio Imperatores asperitatem illam iuris ciuilis temperare quam tamen aut corrigere, aut vlla etiam interpretatione lenire nec prudentes ipsi potuissent. Quanto minùs licere id debeat interpretibus, vt se interponant in statuti asperitate moderanda, cùm statuti verba tam clara sunt, vt neque interpretationem, neque verò dubitationem vllam possint recipere? Sed & in eo passim errant interpretes nostri, quòd putant portiones istas fuisse olim reseruatas liberis, & exceptas ne generali bonorum publicatione comprehenderentur, quod tamen non ita est. Vniuersa enim bona fisco applicabantur, tùm fiscus ipse ex indulgentia Principali eas portiones liberis concedebat, vt disertè scriptum est *in d. leg. si deportatus* 8. *C. de bon. proscript.* in illis verbis *omnia quæ fiscus deliberis damnati concedit.* Itaque admisso etiam eo, quod interpretes volunt, vt huiusmodi statuta recipiant interpretationem passiuam, vt vocant, ex iure illo communi quod antè nouellam Iustiniani constitutionem obtinebat, non tamen illud consequens fiet, vt bona omnia ex statuto ad fiscum pertinere non debeant, sed hoc tantùm vt fiscus postquàm tota bona occupauerit, tribuat liberis eas ipsas portiones quas olim tribuebat. Quomodo autem tribuet si nemo id indulgeat? Quis verò indulget præter nostros interpretes? Atqui sicut publicatio quæ hodie irrogatur ex statuto non illa ipsa est quæ ex legibus publicorum iudiciorum, aut qua ex alia iuris parte olim irrogabatur, Sed prorsus alia

planè diuerſo iure inducta quãuis eiuſdẽ effectus & poteſtatis,ita fatendum eſt noua aliqua indulgentia opus eſſe,vt iuris veteris obſeruatio quæ ad authoritatem prodeſſe amplius non poteſt,proſit ſaltem ad exemplum. Quod autem ſecundo loco obiicitur,Per huiuſmodi ſtatuta redi ri ad ius vetus abrogato iure nouo,neque verum eſt,neque etiamſi verum eſſet,ad rem tamẽ pertinet. Nam cùm ius illud vetus à Iuſtiniano abrogatum ſit, quamuis eo propoſito, vt liberorum ius augeretur non vt imminueretur, ſtatuta autem quæ publicationis pœnam ſimpliciter irrogant,ita abrogent Iuſtiniani conſtitutionem,vt tamen de vetere iure reſtituendo nihil exprimant:Omnino ſequitur publicationem quæ hodiè in vſu eſt non ex iure vetere æſtimãdam eſſe,ſed ex ſola ſtatuti poteſtate. Argumento eſt quod euenit plerumque vt crimen tale ſit quod ex iure communi neque pœnam mortis, neque amiſſionem bonorum irroget, Et tamen vtraque pœna per ſtatutum pro eo crimine infligatur,vt puta pro furto,aut vt pœna ſola publicationis bonorum ſine vltimo ſupplicio,quod cùm accidit, nemo vtique dixerit interpretandum eſſe ſtatutum ex iure communi cùm his caſibus pœna publicationis ſit merè ſtatutaria,& à iure communi prorſus exorbitans vt loquuntur,nec proinde ex eo iure communi æſtimanda. Tantum abeſt vt eam indulgentiæ principalis interpretationem & moderationem poſſit admittere quam vetus confiſcatio admittebat.Ergo neque aliis caſibus liberorum ratio haberi vlla poterit, quia in omnibus eadem eſt ſtatuti poteſtas, nec aliis verbis concepta vno caſu quàm alio pœna confiſcationis bonorum.Denique cùm veriſſimum ſit quod ſupradixi,Etiam ius vetus ita fuiſſe comparatum,vt neque per liberos,neque propter liberos confiſcatio totorum bonorum impediretur,ſed tantùm vt à fiſco qui vniuerſa bona occupaſſet pars eorum aliqua liberis ex Principali prouidentia & indulgẽtia tribueretur *d. l.ſi deportatus* 8.*& d.l.ſi quando quis* 10.*C.de bon.proſcript.*fatendum eſt nullam hodie in ſtatutorum interpretatione & executione haberi poſſe rationem iſtius antiquæ principalis indulgentiæ,cùm nihil ſit in ſtatuti verbis ex quo probari poſſit cogendum fiſcum vt etiamnum portiones illas liberis concedat,quæ niſi à fiſco ipſo poſteaquàm ſucceſſit,concedantur, nec peti, nec obtineri per liberos vllo modo poſſunt. Maneat igitur hæc firma, veriſſimáque ſententia,ſi ſtatutum quod bonorum vniuerſorum publicationem irrogat nihil de liberis cauerit, nullam penitus iis portionem deberi ex bonis condemnati,neque abſurda & iniqua videri poteſt hæc ſententia ſi fauori liberorum opponas fauorem vtilitatis publicæ quæ ſcilicet poſtulat, vt iis pœnis omnibus delicta vindicentur, propter quas credibile ſit futurum,vt à criminibus admittendis vel peſſimus quiſque deterreatur. Certum enim eſt pleroſque ſic affectos eſſe qui liberos habent,vt metu amiſſionis bonorum magis torqueantur,& torreantur in liberis quàm in propria ſua perſona *l. iſti quidem* 8.*D. quod met. cauſ.* Quam ob cauſam id quoque iure vetere obſeruatum fuiſſe videmus,& promiſſum parentibus vt etiam poſthumos necdum editos poſſent in teſtamento exheredare, nec tantùm bona mente & vt iis prodeſſent,vt in *l. multi* 19. *D. de liber. & poſthum.* ſed etiam malo animo & vt eos à ſua ſucceſſione arcerent *Tot.tit. C. de liber. & poſthum. hered.inſt.vel exhered.D.& C.l.*3.*D.de iniuſt.rupt.* Quamuis certum eſſet poſthumum in vtero matris exiſtentem nullam ingratitudinis cauſam neque admiſiſſe,neque admittere potuiſſe. Nimirum vt eo metu exheredationis

Digitized by Google

dationis posthumi, magis ac magis in officio & pudicitia vxores continerentur, scientes futurum vt si quid secus facerent, edituræ tandem essent partum miserum ac perpetua egestate laborantem, quem earum odio pater exheredasset. Sed aliorum sententiæ quas retulimus nobis confutandæ sunt, & eorum maximè qui putant ita comparatum fuisse ius vetus, vt si tres aut quatuor liberi ex condemnato superessent, vniuersa condemnati bona iis applicari deberent ex *dict. §. si plures l. cùm ratio de bon. damnat.* De cuius sententia & emendatione ideò nobis dicendum est proxima Decade, ne hîc longiores simus.

ANTONII FABRI I. C. SEBVSIANI SENATORIS SABAVDIENSIS, ET IN GEBENNENSIS DVCATVS AVDITORIO PRAESIDIS,

DE ERROR. PRAGMAT. ET INTERPR. IVR. DECAS LXXIV.

ERROR PRIMVS.

De sententia l. cùm ratio 7. §. si plures. D. de bon. damnat. & l. quando quis 10. C. de bon. proscript.

SI plures filios damnatus habeat, feruntur exempla, inquit Paulus, per quæ pluribus liberis omnia bona damnati concessa sint. Inter cætera verò exẽplum illud rescripti cuius eodem loco Paulus meminit. Refert enim cùm ex facto accidisset, vt qui plures filios reliquerat damnatus esset eo damnationis genere, ex quo bonorũ publicatio sequebatur, impetratum fuisse ab Imperatore vt vniuersa bona liberis tribuerentur, eúsque rescripti rationẽ ipsis etiam Imperatoris verbis expressam non aliam fuisse, quàm numerum liberorum, sed tamen quot essent in ea specie liberi, neque Pauli, neque rescripti verba ostendunt. Indéque nimirum liberam sibi facultatem adrogarunt interpretes coniiciendi fuisse quidem illos plures quàm duos, nec pauciores tribus, potuisse tamen sufficere ad inducendam rescripti æquitatem, monendúm-

ad omnes significationes. Idémque tractari potest de aliis verbis illis eiusdem legis *si filia vel filiæ fuerint*. Nam cum lex filiam quidem dicit, vnicam intelligit, quamquam nec nouum est vt singularis numerus ad pluralis quoque significationem extendatur, vt cùm lex duodecim tabularum dixit *agnatus proximus familiam habeto*. Sed cùm lex addit *vel filiæ fuerint* quidni de tribus & quatuor, perinde ac de duabus filiabus intellexit? Sunt autem apertiora verba illa in secunda parte prioris distinctionis posita *vel nepotes ex defunctis filijs*. Nam cùm & de filiis defunctis in plurali numero loquantur, & de nepotibus quoque in plurali superstitibus ex iis filiis defunctis, nulla sanè ratio est cur debeant intelligi de illo tantùm casu, quo nec nisi duo filij fuerint qui defuncti sunt, nec nisi vnus ex vno quoque filio nepos. Esset enim illa nimia & duplex restrictio, vtraq; omnino improbabilis. Præter id quòd supradicta verba non tractant eum casum, quo soli supersint nepotes ex filiis prædefunctis, nullus autem alius ex filiis primi gradus, sed generaliorem illum, quo supersint nepotes ex prædefunctis filiis, siue soli ij sint, siue cum patruo concurrant qui sit filius primi gradus. Alioqui esset hic casus prætermissus, qui tamen minimè fuerat prætermittendus, cùm æquè facilè possit contingere. An non enim æquè fieri potest vt damnatus tres filios habuerit, quorum vnus adhuc viuat, alij verò prædefuncti sint prole aliqua superstite, atque vt duos tantùm filios habuerit, qui ambo prædecesserint? Porrò si ponas tres ab initio fuisse filios quorum vnus adhuc superstes sit, alij verò filios reliquerint, fieri non potest vt non plures sint quàm duo, inter quos portionem illam liberis concessam diuidi oporteat. Ergo fatendum est vel prætermissum ab Imperatoribus fuisse hunc casum, vel eam legis esse sententiam, vt etiamsi plures sint quàm duo liberi hominis deportati, non eò magis tamen plus quàm dimidia pars iis omnibus in commune tribuenda sit. De quo ne dubitare possimus, facit vltima pars illa distinctionis positæ in eadem lege, *sin autem mares Curialis fuerint intermixti*, cuius sententia nobis paullò latiùs enarranda est.

ERROR SECVNDVS.

De priuilegio masculorum inter liberos Decurionis condemnati. Ad posteriorem partem d. l. quando quis 10. *Et ad l. si deportatus* 8. *C. de bon. proscript.*

DISTINGVNT namque Imperatores circa liberos decurionis tres casus in quibus aliter atque aliter obseruari volunt quod pertinet ad portionem hanc liberis tribuendam. Vel enim masculi tantùm supersunt, vel tantùm fœminæ, vel intermixti mares fœminis. Primo casu volunt facultates integras ad sobolem masculinam pertinere. In eóque melioris condicionis esse sobolem decurionis, quàm alterius condemnati cuiuslibet, cùm in cæteris etiamsi plures sint masculi, omnes tamen non nisi dimidiam vnam consequantur: Decurionis verò filius masculus quamuis vnicus vniuersa patris bona retineat. Adeóque tametsi nondum editus sit eo

tempore si modò sit conceptus. Hoc enim omnino requiritur *d. l.1.§.1. D. eod.* In honorem scilicet ac memoriam dignitatis paternæ, quæ temporibus illis erat maxima & cæteris præfulgens, vt conijcere licet *ex l. iurisiurandi 9.* in postremis illis verbis *etiamsi præclara Curiæ honore præfulgeat C. de testib.* Quasi indecorum esset ac vniuerso Decurionum ordini parum conueniens, Decurionis sobolem, tùm verò maximè cùm plures essent masculi qui ad eundem ordinem aspirare aliquando possint, egestate aliqua laborare. Secundo casu si filiæ tantùm sint, placet Imperatoribus seruari ius commune, quod in cuiuslibet condemnati liberis quibuscunque & cuiuscunque sexus, vel numeri seruaretur, vt scilicet pars dimidia apud curiam remaneat quæ si non fuisset decurio is qui condemnatus est, ad fiscum pertineret, Pars alia ad filias quotquot sint deuoluatur. Tertio denique casu cùm intermixti sunt mares fœminis, dimidia pars masculis Curiæ nomine deferatur, id est ea pars quæ alioqui iure communi pertinere ad Curiam deberet, alia pars inter omnes liberos vtriusque sexus in viriles portiones diuidatur. Hic verò casus est, qui ad sententiæ nostræ confirmationem maximè pertinet. Nam quod de maribus in plurali numero lex ait, etiamsi ad duos restringere velles, ne dictione illa tres aut quatuor significarentur, conuincit necessariò ponendum esse illo saltem casu tres esse liberos; Duos nimirum masculos, & vnam fœminam, quibus tamen omnibus vna tantùm portio, id est bonorum dimidia tribuatur: Nec fieri potest vt aliter verificentur ea verba, *sin autem mares Curialis fuerint intermixti.* Non enim essent intermixti mares si soli essent, nulla fœmina: sicuti nec si vnus tantùm masculus adesset. Fateamur ergo non eam fuisse iuris veteris rationem, vt solus liberorum numerus ternarius sufficere posset ad omnia deportati bona obtinenda: Neque alio casu debuisse liberis concedi vniuersa bona damnati, quàm quo damnatus fuisset decurio superstitibus masculis siue soli ij essent, adeóque masculus vnicus, siue cum fœminis. Dixi *adeóque masculus vnicus*, quia si tum quoque cùm filiæ nullæ sunt sed vnus tantùm masculus, omnia tamen bona ei concedi æquum est, tanquam filio decurionis, cur non dimidiam habebit solus, etiamsi filiæ concurrant? Quinimò dubitandi ratio non leuis suberat propter quam filiabus quoque cõcurrentibus totum patrimonium vni filio masculo relinquendum videretur, quod æquè totum erat ille habiturus etiãsi filia nulla interueniisset. Verùm non quæ ratio facit masculum fauorabiliorem fœminis in comparatione Curiæ quæ per fœminas etiã plures nõ perinde ac per masculum quamuis vnicum excluderetur, Eadem facere potest masculum fauorabiliorem fœmina si inter se conferãtur, hactenus scilicet vt masculus excludat in totũ fœminã, quomodo excludere Curiã posset. Quippe quòd fœmina etiã suo iure deficiẽtibus quoq; masculis prę ferretur Curię in dimidia parte bonorũ nõ minùs quã si de alterius cuiuslibet deportati qui decurio non fuisset, bonis ageretur. Satis ergo est si masculo decurionis filio in hoc faueatur quòd solus dimidiã illam totam habet, quæ si specialis fauor nullus esset ad Curiã peruenire deberet, Nec eo minùs tamen in alia dimidia succedat cũ sororibus in viriles, acsi in alia dimidia quæ ipsi nomine Curiæ defertur, præcipuũ fauorem nullum haberet, vt quod hac parte habet priuilegium nõ in dispendium sororum vergere debeat, quod pertinet ad portionem illam liberis omnibus in commune concedendam, sed in damnum Curiæ, quod ad aliam portionem attinet, in qua nihil interest sororum, quæ

tametsi

etsi masculus nullus esset, nihil tamen iuris habere possent in ea portione quam Curia suo iure vindicaret. Idque est, quod lex ait, partem illam dimidiã deferri masculis *Curiæ nomine*, ac si diceret *vice Curiæ* quæ alioqui iure communi post illam constitutionem vice fisci eam portionem esset habitura. Solum crimen læsæ maiestatis excipiunt Imperatores *in d.l. quando quis*; in quo nempe speciale est vt ob delictum patris innocentes quoque liberi bonorum omnium paternorũ amissione mulctentur, adeóque cæterorum vniuersorum vndecunque tandem prouenerint, solis filiabus reseruata permissáque falcidia ex bonis matris in causam alimentorum *l. quisquis* 5. *C. ad leg. Iul. maiest.* Cæterùm in eadem *l. quando quis*, quod habet vulgata lectio *sin autem mares Curiales fuerint intermixti*, benè monuimus sic emendandum esse vt pro *Curiales* reponamus *curialis*. Est enim tota illa distinctio de liberis non qui sint ipsi Decuriones, sed qui sint liberi Decurionis. Alioqui manca esset hac parte distinctio quã Imperatores voluerunt perfectã esse & absolutam. Esset enim prætermissus ille casus quo liberi Decurionis condẽnati, Decuriones ipsi nõ essent, qui tamẽ casus contingit frequentiùs, Ille verò rariùs vt decurionis liberi quoque sint decuriones præsertim plures. Nã & sic in eadẽ lege paullò antè *sin autem erit soboles Curiali* non etiã *Soboles Curialis* cùm de illa quoque Sobole loquatur eo loco quæ nondum sit procreata & quæ proinde Curialis ipsa esse nõ possit. Illud denique in ea cõstitutione notatu dignum est quod Imperatores cùm tractant de nepotibus, non de aliis loquuntur quàm sint *ex defunctis filijs*, ad exclusionem eorum si qui forent qui ex filiabus prædefunctis superessent: Non quòd non sint etiam isti æquè nepotes, adeóque liberorum appellatione contineantur *l. 1. C. de condi. insert.* Sed quia cùm non sint in potestate condemnati ne quidem ante damnationem priuilegium nullum merentur quod suis tantùm heredibus indultum fuit, vt apparet ex rationibus quas Paulus noster in hanc rem congerit *in d.l. cùm ratio in princip.* Nam & inde est quod ait *l. de bonis* 6. *eod. tit. C. de bon. proscript.* De bonis matris deportatæ nihil liberis deberi, Nimirum quia non habent fœminæ suos heredes *l. illud* 4. *§. ad testamenta D. de bonor. poss. contr. tabul.* Nec est contrarium quod scriptum est *in d.l. si deportatus* 8. *C. eod. tit. de bon. proscript.* Etiam emancipatos ad portionis quæ suis heredibus debita est communionem admitti, si modò parati sint collationis onus subire. Etsi enim emancipati non magis in patris potestate sunt quàm nepotes ex filia in potestate aui, aut liberi in potestate & familia matris, fuerunt tamen aliquando scilicet ante emancipationem. Atqui emancipationem rescindit Prætor cùm vocat eos ad beneficium bonorum possessionis cum suis heredibus sub condicione tamen præstandæ collationis, Plus ergo iuris habent beneficio Prætoris, quàm nepotes ex filia, aut quàm habeant liberi in successione matris, Qui nec sunt in potestate, nec vnquã fuerunt, ideóq; nec fuisse retrofinguntur. Apparet igitur ex superioribus, nullo casu tribus aut quatuor liberis condẽnati bona ipsius omnia, nõ magis quàm vni, aut duobus concedi olim debuisse. Sed quid respondebimus ad *d. §. si plures d. l. cùm ratio* 7. *D. de bon. damnat.* Solus enim locus ille est, qui nostros interpretes fefellit vt hanc distinctionem adhibendam putauerint, quasi iam olim adhibitam ab Hadriano. Quod nunquã credidissent, nisi vulgatæ lectionis mendum elegantẽ rescripti rationẽ conturbasset, quæ tamen intelligenda & spectãda potissimùm erat vt ipsa rescripti sententia benè perciperetur. Itaque cùm de sententia

iam nobis conſtet, ſupereſt vt de ipſa emendatione coniecturam noſtram ſubiiciamus.

ERROR TERTIVS.

De caſibus in quibus vniuerſa bona condemnati relinquuntur liberis Ad d. §. ſi plures l. cùm ratio 7. D. de bon. damnat.

IVRISCONSVLTI veriſſimum eſt, quod proximo capite diſputauimus, Ita fuiſſe iùs vetus comparatum, vt non eſſet fauorabilior trium aut quatuor quàm duorum liberorum cauſa in ea portione conſtituenda, quæ condemnati liberis ex indulgentia principali concedebatur, Ita negari certè non poteſt, quin Hadrianus Imp. in eo reſcripto cuius mentio fit *in dict. l. cùm ratio 7. §. ſi plures D. de bon. damnat.* rationem præcipuè habuerit numeri liberorum, cùm decreuit vt Albini condemnati filiis vniuerſa patris bona concederentur. Id enim diſertè probant verba reſcripti à Paulo relata: *Sed & Diuus*, inquit, *Hadrianus in hanc ſententiam reſcripſit, Fauorabilem apud me cauſam liberorum Albini, numerus filiorum facit, cùm ampliari imperium, hominum adiectione potiùs quàm pecuniarum copia, malim.* Vt proinde dubitari de eo ſolo poſſe videatur quem liberorum numerum adeſſe neceſſarium ſit, vt iuris rationem idcirco immutari oporteat. Nec enim ex ſupradictis verbis certò id colligi, aut etiam coniici poteſt. Sed tamen, ampliſſimum in ea ſpecie fuiſſe numerum liberorum, nec tam plures quàm plurimos liberos, coniicere facile eſt, vel ex eo ſolo quòd non alia ratione moueri ſe teſtatus eſt optimus Imperator quàm numero illo liberorum. Quis enim credat fieri potuiſſe, vt trium vel quatuor filiorum fauor, tam inſolitam ac tùm primùm fortaſſis inductam Principis liberalitatem extorſerit? An fortè adeò inſolitum eſt vt qui deportantur, vel vltimo ſupplicio afficiuntur tres aut quatuor liberos habeant? Aut quid eſt in eo numero propter quod tantus, támque amplus videri debeat, vt æquum fuerit hoc vno prætextu recedi ab eo iure quod vulgò & communiter ſeruabatur? Alioqui parum prudenter Iuſtinianus fecerit, qui augendo quotam portionem legitimæ ad trientem, vſque vel ſemiſſem pro numero liberorum, Non maiorem tamen partem tribus vel quatuor liberis dedit quàm duobus vel etiam vni, Trientem ſcilicet pro quadrante, qui olim omni caſu & omnibus liberis erat conſtitutus. Semiſſem verò non aliter quàm ſi quinque ad minus liberi eſſe proponantur. Ita innuens non obſcurè, amplum liberorum numerum non eſſe ſi non niſi tres, aut quatuor ſint, ſed incipere amplum fieri ſi plures ſint quàm quatuor. Sed neque tam faciles fuiſſe prudentes vt liberorum numerum vllo caſu inſpiciendum putarent, ex illo etiam apertiſſimè conſtat, quòd tùm quoque cùm de portione legitima tractabatur quæ iure naturæ debita dicitur quartam duntaxat portionem dabant liberis cuiuſcunque numeri eſſent, eius partis quam ab inteſtato erant habituri *l. cùm quæritur 6. l. quæ nuper 31. C. de inoff. teſtament.* Primus enim Iuſtinianus fuit qui ex liberorum numero portionem illam augendam eſſe exiſtimauit, ſed cùm hoc incommodo & abſurdo vt

quinque

quinque liberorum maior sit portio legitimaria quàm si quatuor tantùm essent, cùm tamen in legitima intestati successione ex qua portio legitimaria æstimatur, perpetuum sit vt quo plures sunt liberi qui succedunt, eò minores portiones consequantur, *l. non pro numero 2. C. ad SC. Orphit.* Quòd si tam rigidi & constantes fuerunt prudentes omnes in moderanda & retinenda ea portione quam in bonis parentum liberis naturæ iure debitam esse nõ ambigebatur, quis credat fuisse illos faciliores in augenda pro numero liberorum parte dimidia quam condemnati liberis concedi voluerant Imperatores? Nam præter id quod erat illa pars iam per se auctior, cùm non quarta esset vt alia sed dimidia, Illud etiam mouere debebat ne vnquam augeretur, quòd minùs fauorabilis videbatur quàm portio legitimaria, cùm non iure naturæ vt illa deferretur, sed potiùs miserationis tantùm ratione. Nam cùm ius naturæ votúmque ipsum parentum non priùs hereditates parentũ siue in totum, siue pro parte liberis applicet, quàm parẽtes decesserint, adeò vt prematura spes & improba sollicitudo eius esse dicatur qui contra ius gẽtium festinans de viuentis hominis aucupanda nedum occupanda successione cogitat *l. 1. §. si impubere D. de collat bonor. l. 2. §. interdum D. de vulg. & pupillar. substitutione l. donari 29. aliàs l. quidam §. donationem D. de donation. l. vlt. C. de pactis.* Sequitur vt in bonis deportati nullum re vera sit ius liberorum, quin & deportati & qui vltimo supplicio afficiuntur, amittunt bona cùm ciuitate priùs etiam quàm amittant vitam, vt superiore Decade docuimus. Quò referri etiam potest, quod scribitur *in l. si legatarius 8. in fin. de legat. 3.* Cum testator ab herede suo petiisset, vt quicquid ex bonis testatoris ad eum peruenisset, filiæ ipsius heredis ita restitueret, vt eo amplius haberet, quàm esset habitura ex bonis patris: Manifestũ esse de eo tempore sensisse testatorem quod post mortem patris futurum esset, atque ita Diuum Pium rescripsisse: Nempe quòd nihil habere posset illa ex bonis patris, nisi post eius mortem. Sola igitur ratio miserationis potuit & debuit, mouere Imperatores vt liberis condemnati partem dimidiam bonorum eius concederent, non ius aliquod naturæ. Atqui nemo nescit fauorabiliorem esse causam quę à iure ipso naturę, quàm quę à sola miseratione proficiscitur, indéque descendere quod omnes admittunt vt fauorabilior sit legitima illa portio quæ descendentibus in bonis ascendentium, quàm quæ ascendentibus in descendentium bonis debetur *l. nam etsi 15. D. de inoff. testam. l. scripto 7. §. 1. D. vnd. liber.* Cur ergo patiamur augeri portionem debitam liberis ex bonis condemnati pro numero liberorum, cùm ea quæ iure ipso naturæ debetur, non augeatur? Aut cur augeri supra dimidiam, cùm Iustinianus ipse qui legitimam liberis naturæ iure debitam solus auxit, nullo tamen casu patiatur maiorem illam esse quàm dimidiam, cuiuscunque tandem numeri liberos is reliquerit de cuius bonis disputatur? Fateor non sine magna ratione priscis illis iisdémque optimis Imperatoribus placuisse, vt condemnati liberis portionem illã dimidiam indulgerent, his scilicet de causis quas Paulus noster congerit *in d. l. cum ratio*, Non etiam illa quam nonnulli adferunt, quòd crimen vel pœna patris, nullam maculam filio infligere possit, quódque vnusquisque ex admisso suo sorti subiiciatur, nec alieni criminis successor constituatur, quomodo scriptum est *in l. crimen 26. D. de pœnis.* Nec enim liberi puniuntur cùm paterna bona viuo patre publicantur, nec paterni criminis successores ideò constituuntur: Sed fit hoc in

Digitized by Google

neceſſariam conſequentiam & ex ordine vt verbis vtar eiuſdem Pauli in *l. cùm vnus* 12. *D. de bon. author. poſſid.* quia ſcilicet fieri nequit, vt bona vlla liberis poſt mortem ſuam relinquat is, qui omnia viuus amiſit, quantumuis innocentes ſint liberi, & pro innocentibus habeantur. Quid enim commune habet liberorum innocẽtia, cum amiſſione bonorum patris, quam pater ipſe viuus patiatur? Verùm hoc ego contendo, non alia quàm miſerationis ratione indulgeri potuiſſe liberis condemnati vt ex bonis patris partem acciperent, quòd alioqui durum & inhumanum videretur, ex paterno delicto in tantam & perpetuam liberos delabi egeſtatem: Cæterùm iuris rationem facere, vt ex bonis condemnati qui publicationem paſſus ſit antequàm moreretur, nihil habere debeant liberi quãuis innocentes quia nihil iis fiſcus ſummo iure debet: quod non potuerunt ſiue prudentes noſtri ſiue Imperatores apertiùs exprimere, quàm cùm liberalitati & indulgentiæ principali totum hoc accepto ferendum eſſe ſcripſerunt. Proinde non habent liberi quod conquerãtur, ſi dimidiam duntaxat bonorum paternorũ habeant, nec ſi duodecim, aut viginti ſi voles liberi proponantur, cùm ſi ſũmo iure ageretur nihil penitus habere poſſent. Tantum abeſt vt vllo caſu poſſint obtendere bona ſibi omnia concedi debere ob ſolum numerum liberorum. Ideóque Paulus noſter librum illum ſingularem, ex quo ſumpta eſt *d. l. cùm ratio*, inſcripſit De portionibus quæ liberis damnatorum conceduntur: Vt vel ex ipſa inſcriptione ſignificaret portiones tantùm concedi ſolere non bona vniuerſa, Cùm tamẽ non maior eſſet ratio vt de portionibus quàm de vniuerſis bonis concedendis liber inſcriberetur, ſi tres liberos eſſe ſufficeret, vt bona integra liberis relinqui oporteret. Etſi enim prius eſt vt quis duos, quàm vt tres liberos habeat, Attamen tã frequenter euenit, imò frequentiùs, vt quis tres pluréſve liberos habeat, quàm vt duos tantùm, quia binarius numerus duplici vnitate conſtringitur, Cęteri numeri ſupra binarium latiùs patent, & in infinitum vſque extenduntur. Frequentiùs igitur accideret vt bona condemnati omnia liberis relinquenda ſint, quàm vt portiones tantùm ſi plus apud nos valebunt interpretum opiniones, quàm prudentum ſententiæ. At quin negari non poteſt vt initio præfati ſumus, quin Hadrianus ab eo iure quod obſeruari ſolitum erat receſſerit in ea ſpecie in qua reſcripſit moueri ſe numero liberorum vt vniuerſa patris damnati bona iis concederet: nimirum, inquã, quia in ea ſpecie inſolitus erat vt arbitror numerus liberorum, id eſt maior quàm eſſe ſoleat, & quàm vt de eo cogitari potuerit in cõſtituẽda portione illa quæ liberis damnatorum ex humanitate indulgeri debere viſa eſt. Non enim ſolent legiſlatores in eo iure ſtabiliendo quod perpetuũ futurum ſit & ad conſequentias trahendum, ad ea reſpicere quæ ſemel aut bis & in ſumma quæ non niſi perrarò eueniunt *l. ex hu* 4. *& ſeqq. D. de legib.* Finge Albino fuiſſe non tres aut quatuor tantummodò, adeóque nec quinque aut ſeptem liberos (id enim ſæpiſſimè accidit) ſed duodecim, quod licèt rariſſimè, aliquando tamen euenit. Moueri ſanè optimus Imperator potuit & debuit tanto numero liberorum. Quemadmodum & hodie ſolent Principes noſtri ſi quando talis caſus contingat eiuſmodi perſonis immunitatem ſpeciali priuilegio concedere ab omnibus oneribus publicis, ordinariis & extraordinariis: maximè verò à tributo, quod ex generali lege penditur Principi à plebeiis omnibus ſine vlla penitus exceptione, & apud nos commutatorium appellatur. Habent autem immunitatem patres tot liberis

ris onerati non ratione aliqua clausa vt loquũtur in corpore iuris, neque aliqua lege scripta vel consuetudinaria. Adeoq; nec aliquo ex priuilegio quod huiusmodi personis à Principe oblatum & concessum sit, sed ex speciali indulgentia quæ non aliter conceditur quàm si primùm petatur. Denique peti solet non præstari, Contrà quàm olim responderit idem noster Hadrianus petenti cuidã pro beneficio vt sibi ex eius authoritate de iure respõdere liceret, Non peti hoc sed præstari solere vt refert Põponius *in l.2.§. & vt obiter antep. De orig.iur.* Sunt enim tales Principum concessiones personales & priuilegia singularia, quæ personam non egrediuntur. *l.1.§.vlt. D. de constit. Princ.* vbi additur non trahi concessiones istas ad exemplũ, Hactenus scilicet vt ex eo ius constituatur, quod in aliis personis licèt in similibus causis obtineat, Trahuntur enim ad exemplũ hactenus vt peti possit à Principe & sperari futurum vt concedat ille quod aliis anteà in pari causa constitutis indulserit. Quomodo Paulus noster in eo ipso *§. si plures*, ait ferri exempla per quę pluribus damnati liberis bona omnia concessa sint, Ne dubitare possimus quin non solùm in ea specie de qua Imp. Hadrian. rescripsit, sed & aliis quibusdam casibus idem factum sit. At speciali sanè in eam rem petitione opus est, & speciali concessione, Præsertim cùm non solus numerus liberorum ius illud singulare possit extorquere si non alia etiam concurrant, quæ faciant vt tantus liberorum numerus fauorabilis videri debeat, & dignus propter quẽ recedatur ab eo iure quod per Principum indulgentiam transiit tandẽ in ius cõmune. Finge enim tam amplũ fuisse condemnati patrimoniũ, vt si totum inter liberos quamuis tã multos distribueretur, futuri tamen essent locupletes singuli, aut mediocrium saltem facultatum. Desinet æquũ esse quod alioquin esset æquissimum, vt iis bona patris omnia concedantur: Ratio námque miserationis quæ sola indulgentiam istam principalẽ meruit, hactenus liberis condẽnati succurrendum esse suadet ne summa & perpetua egestate laborandũ habeant, Non etiam hactenus vt ex tali concessione ditẽtur: quod non modò à fisci rationibus & vtilitatibus, sed etiam ab optimorum Principum proposito alienũ esset. Quanquam nõ hoc ita volo accipi vt putẽ distinctioni huic locum esse si cõdemnati liberos ponas esse contentos dimidia illa portione quam ex legibus & rescriptis generalibus iis concedi placuit, sed vt necessaria sit hæc distinctio & obseruatio, si quãdo liberi petãt à Principe bona condẽnati vniuersa. Difficilior enim est, vt esse sẽper debet, concessio & impetratio iuris merè specialis & priuilegiarij quàm eius quòd sit cõmune. Ergo vt bona omnia liberis concedi oporteat, non illud tantùm inspiciendũ est quis & quantus sit numerus liberorum, sed etiam quæ quantitas sit patrimonij & bonorum quorum concessio postulatur.

ERROR QVARTVS.

De corrupta lectione & emendatione d. §. si plures.

IDQVE appareret haud dubiè ex illo ipso Hadriani rescripto de quo nunc tractamus si vulgatæ lectionis mendum sententiam & elegantiam rescripti non fœdaret. Sic enim vulgata lectio habet: *Ideóque illis paterna sua concedi volo qua manifestabunt tot pos-*

ſeſſores etiamſi acceperint vniuerſa. Quibus verbis certum eſt rationem reddi propter quam paſſus ſit Hadrianus in ea ſpecie moueri ſe numero liberorum. Sed tamen quis huius rationis ſenſus ſit, & quæ ſignificatio verborum quibus ea ratio concepta & expreſſa eſt, nemo explicat, & Accurſius noſter quaſi non viderit, tacet. Ac ſanè fatendum eſt explicari nullomodo poſſe: Latet enim mendum manifeſtiſſimum in verbo *manifeſtabunt*, pro quo ſi reponas, quomodo reponendum exiſtimo, *minimè ditabunt*, ſententia reſcripti & apertiſſima erit, & elegantiſſima, Motum fuiſſe Imperatorem vt in ea ſpecie paterna omnia liberis condemnati largiretur, quòd tantus eſſet numerus liberorum, vt verendum non eſſet ne ex ea liberalitate ditarentur ſinguli etiamſi, bona vniuerſa acciperent. Id enim eſt quod ſignificant verba illa *tot poſſeſſores* (quis enim ferat iis verbis illos etiã ſignificari, qui nõ ſint nili tres?) & illa rurſum dictio quæ ſequitur *etiãſi* quam alio ſenſu donare certè nemo poſſit. Nam ſi diſtributione totorum bonorum facta inter liberos, fieri potuiſſet vt ditarentur ſinguli, aliter proculdubio Imperator reſcripſiſſet, nec liberorum quantocunque numero motus fuiſſet. Quàm verò facilis & lubricus hic error fuerit vt per imperitiam librarij ſcriptum ſit *manifeſtabunt*, pro eo quod reponimus *minimè ditabunt* apparet ſatis ex ſimilitudine duarum priorum & duarum poſteriorum ſyllabarum dictionis illius *manifeſtabunt*, quæ & ex totidem fermè literis conſtat. Quanquam parum laborandum eſt vnde error fluxerit, cùm & de loci ſententia, & de emendationis neceſſitate ſatis liqueat. Nec eſt quod quis interpretationi noſtræ obiiciat, Nimis remotum eſſe à verbis Pauli vt quod ille ait de pluribus liberis non de tribus aut quatuor, ſed de duodecim accipiatur. Non enim præciſè id exigo vt duodecim liberi ſint ad mouendum Principẽ vt damnati bona omnia liberis concedat. Poſſet enim tam exiguũ eſſe patrimoniũ, vt non dubitarem quin ſi decem tantummodò eſſent liberi, idem nihilominùs admitti oporteret, Ex quantitate ſiquidem patrimonij aliter atque aliter conſtituendum putarem non ab interpretibus, ſed à Principe cuius indulgentia imploraretur. At illud ſemper exigo vt & inſolitus ſit numerus liberorum, & patrimonium eiuſmodi, quod ſi cum liberorum numero conferatur ſingulos liberos ditare non poſſit, quamuis totum inter eos diſtribuatur. Item vt ea conceſſio ſpecialiter petatur & impetretur ab indulgentia Principis, Non quaſi generaliter iam obtenta ſit eo ipſo iure communi quo dimidia pars bonorum condemnati in omnem caſum & cuiuſcunque numeri liberis, adeóque quantum aut quantulumcũque ſit patrimoniũ liberis concedi à fiſco ſolet. Neque repugnet dictio illa *plures* qua Paulus vtitur. Nã cùm ipſi etiam interpretes fateantur non vſque adeò propriè hic ſumi eam poſſe vt duorum numero contenta eſſe poſſit, illud quoque fateri eos neceſſe eſt *plures* à Paulo liberos dici non ex comparatione vnius, ſed ex comparatione plurium, Id eſt qui ſint plures pluribus, Ergo qui ſint plurimi, aut etiam plures plurimis, quemadmodum plerumque apud latinos authores amplior & latior eſt ſignificatio comparatiui quàm ſuperlatiui, hoc eſt ſi comparatiuus non poſitiuo ſed ſuperlatiuo opponatur. Nec diſſimiliter in ſpecie illius reſcripti cuius meminit etiam Marcianus *in l. qui in prouincia* 57 §. 1. *D. de ritu nupt.* quo teſtatur Imperator moueri ſe diuturnitate temporis, iuſta quoque facti alieni ignorantia & numero liberorum ex illicito matrimonio ſuſceptorum vt omnibus his concurrentibus liberos faciat legitimos, Non de

alio

alio liberorum numero sensisse puto Imperatorem, quàm qui sit maximus & insolitus. Qualem in ea specie fuisse vel ex eo potest coniici quòd per annos quadraginta figura illa matrimonij illiciti durasse proponebatur.

ERROR QVINTVS.

De portione legitimaria quam interpretes dant liberis eius cuius bona per statutum simpliciter confiscata sunt, & an sit debita iure naturæ?

CONFVTATO illorum errore, qui putant Etiã hodie si quis ex forma statuti bonorum omnium publicationem passus sit, eius tamen liberis easdem portiones tribuendas esse quæ olim ex indulgentia quidem principali, sed tamen iure quodammodo communi tribuebantur, adeóque vniuersa bona si plures sint quàm duo, Restat vt illos quoque refellamus qui tanquam noui Ereiscundi contrarias aliorum opiniones sic temperant, vt neque patiantur liberos in totum spoliari bonis paternis, neque rursùm tam fauorabiliter tractari, vt vllo casu vniuersa damnati bona iis tribuant, nec tam amplam portionem quam habebant olim, id est dimidiam partem bonorum, sed solam eam portionem quæ iure naturæ debetur, quam vulgò legitimam, alij legitimariam vocant. Quę sententia est Iulij Clari *lib. 5. Sentent. §. fin. quæst. 78. num. 26. vers. videndum est*, vbi & communem hanc esse attestatur, Reprehensus eo nomine ab Antonino Tessauro *Decis. Pedemont.* 198. paullò ante finem, qui receptiorem illam esse ait quæ à nobis proximè refutata est. Sed sit vtraque si volent, communis, vt quod aliis plerisque casibus euenit disputandum habeamus duntaxat, vtra sit communior. Nos facilè probabimus non minùs hanc quàm illam falsam esse, licèt temperatior esse videatur. Non aperit Iulius Clarus, quibus rationibus eam fulciri putet, vt neque aliàs solet in communibus opinionibus aut lege, aut ratione aliqua confirmandis valde laborare aut immorari, Adeò fuit ille non modò breuitatis studiosus, sed etiam communium opinionum ferè omnium religiosus venerator. Quasi nec dubitans quin ea temporum nostrorum conditio sit, vt quisquis Iurisprudentiam honorificè ac vtiliter profiteri velit, nihil aliud inquirendum habeat, nisi quid in quaque quæstione magis communiter ab interpretibus probetur. Verùm non est difficile animad uertere duas potissimùm rationes in huius sententiæ confirmationẽ adduci posse. Vna est, quòd legitima ista portio cùm & iure naturæ & ex voto parentum sit liberis debita, fauorabilior esse videatur, quàm ea quæ olim ex indulgentia principali tribuebatur, Non solùm quòd sit minor tanquã quæ regulariter sit triens nec nisi certis casibus, & pro numero liberorũ ad semissẽ vsque ascẽdat, Illa verò semper erat dimidia, non minùs si filius condemnati vnicus, quàm si plures liberi proponerentur. Sed etiam quòd iure naturæ debeatur, ideóque difficilius sit vt citra iniuriam & salutis naturæ legibus denegetur. Altera ratio est, quod interpretibus ferè omnibus

vulgò placet, Statuto posse quidem minui quotam legitimæ, sed legitimam ipsam in totum tolli non posse: Quo admisso frustra est quærere de huiusmodi statutorum interpretatione, An ea mens statuentium fuerit vt liberorum quoque legitimam publicari & fisco applicari voluerint, cùm nec si voluissent attamen potuissent. Enimuerò quàm futilis vtraque ratio sit, nemo non statim videbit, qui modò ea quæ iam disputauimus diligenter legerit. Nam quod ad primam pertinet, verum quidem est quod Paulus noster scribit *in l. cùm ratio 7. in princip. De bon. damnat.* naturalem rationem quasi legem quandam tacitam addicere liberis parentum hereditatem velut ad debitam successionem eos vocãdo, Ita vt cùm liberi parentibus succedunt penè ad propria bona veniant *l. 1. §. largiùs D. de succeß. edict.* quippe quorum domini iam viuo adhuc patre existimentur *l. in suis 11. D. de liber. & posthum.* vnde & suorum heredum nomen acceperunt *d. l. cùm ratio*: Itémque quod Papinianus *in l. scripto 7. §. 1. D. vnd. liber.* naturæ simul & parentum commune votum admittere liberos ad parentum successionem, cùm è conuerso parentes ad bona liberorum sola ratiò miserationis admittat, sed non ideò consequens fit, vt in bonis parentum legitimam iure naturæ liberis deberi verum sit, cùm vel ex ipso legitimæ nomine appareat, deberi eam ex legibus, ideóque & legitimam appellari. Si enim iure naturæ deberetur, non legitima portio dicenda erat sed naturalis: Nec rursum de legitima ista portione Paulus & Papinianus supradictis locis loquuntur, sed de tota ipsa parentum successione, De qua proinde dicendum esset quod de sola legitima iactant interpretes, Deberi eam integram iure naturæ, si quid ad rem, prædicta Pauli & Papiniani ratiocinatio pertineret, quod tamen nemo ex interpretibus vnquam dixit, Aliud enim est addici parentum hereditatem liberis ratione naturali vt Paulus loquitur *in dict. l. cùm ratio*, vel quomodo Papinianus *in l. nam etsi 15 in princip. De inoff. testam.* ob naturalem parentum erga liberos charitatem, Aliud verò Deberi eam iure naturæ. Nam si ius naturæ hoc faceret nulla ciuilis ratio posset facere vt à parentum hereditate liberi arcerentur, cùm nemo nesciat iura naturalia esse immutabilia, nec vlla iuris arte corrumpi posse *l. eas 8. in fin. D. de capit minut. §. vltim. Institut. eod. & §. vlt. Inst. de iur. natur. gent. & ciuil.* Præterea non esset ius hoc proprium suorũ heredũ quod iuris ciuilis nomen est, sed ad omnes liberos etiã emancipatos pertineret, quos scilicet natura æquè ac suos agnoscit. Quippe cui sint incognita nomina ista suitatis & emancipationis, quæ sola lex duodecim tabularum pro familiarum distinctione & conseruatione introduxit. Et tamen certum est prudentes nostros quibus locis loquuntur de patris successione liberis addicta non nisi de suis heredibus tractare, *d. l. cùm ratio d. l. in suis*, vt significent non idem in emancipatis dici posse: ac proinde ex ciuili iure id fieri non ex naturali, licèt fiat ob rationem naturalem. Nam vt alibi sæpius monuimus, Non quemadmodum ius naturale nullum est sine ratione naturali. Sic è conuerso, naturalis quælibet ratio sufficiens est ad constituendum ius naturale, Nec contrarium est quod de emancipatis non minùs quàm de suis heredibus loquitur Vlpianus *in d. l. 1. §. largius D. de succeß. edict.* cùm ait largius tempus parentibus liberisque tribui petendæ bonorum possessionis tribui à prætore, quod arctandi non erant, inquit, qui penè ad propria bona veniunt. Nam præter id quod locus ille probaret, Etiam liberorum successionem iure naturæ debitam esse parentibus, de quibus eo loco Vlpia-

co Vlpianus, non minùs quàm de liberis loquitur, illud etiam constat Prætorem in eo iure quod introduxit De bonorum possessionibus non alia ratione parem causam facere emancipatorum & suorum heredum, quàm quia rescindit primùm capitis diminutionem illam, quæ per emancipationem contingit, *l.3.§.si emancipatus D.de bonor.poß.contr. tab.* Qua rescissa, relinquitur vt nulla inter suos & emancipatos differentia superfit, quod ad effectũ successionis, nec similiter quantùm ad patrem filio emãcipato succedentem, quia post rescissam emancipationem perinde habetur filius acsi semper mãsisset in potestate, vt perinde verum sit etiam patrem cùm succedit filio emancipato venire ad bona penè sua & propria, quoniam si filius in potestate mansisset, omnia quæsiuisset patri *l.1. D.si à parent.quis manum.sit. l.placet 79. D.de acquir.hered.* Ex eóque intelligimus magis ex iure & potestate suitatis, quàm ex naturæ iure descendere vt parentum hereditas liberis addicta existimetur, Cùm eodem ferè iure apud Prætorem censeantur parentes liberis succedentes, quo liberi succedentes parentibus, tametsi contra commune suum & naturæ votum parentes liberis succedant, *d.l.nam etsi.* Aliud nimirum est succedere ex voto parentis, aliud verò succedere ex debito, & ex iuris siue naturalis, siue ciuilis aut prætorij necessitate. Nec egerent voto parẽtum & naturæ, liberi, si parentum hereditates iis iure naturæ deberentur. At neque separãdæ hac parte essent successiones maternæ à paternis. Nam cùm non minùs matri quàm patri commune illud sit, vt hereditatem suam liberis communibus aliquando relictam velint, eóque certiùs & iustiùs maternã hereditatem sperare liberi possint quàm paternam, quòd mater semper certa est, non etiam pater *l.quia semper 5.D.de inius vocand.d.l.* nam etsi *d.l.scripto §.1.l.4.D.de curat.furios.* Nihil certè causæ est cur non fatendum sit maternam æquè ac paternam hereditatem liberis deberi iure naturæ, si verum est paternam eo iure ipsis debitam esse. Vtrumque enim perinde & ratione naturali nititur, & voto parentum. Atqui de materna hereditate nihil vsquã tale proditum est, & supradicti omnes loci de paternis tantùm bonis loquũtur, non de maternis, quia fœminæ non habent suos heredes *l.illud 4.§.ad testamenta D.de bonor.poss.contr.tabul.l.mulierem 5.C.de adopt.* Ideóque nimirum certi iuris semper fuit, de bonis matris deportatæ nullam portionem liberis eius concedendam esse, vt disertè scriptum est *in l. de bonis C. de bonis proscript.* Cùm igitur alio iure pater, alio mater hac in re censeatur, Apparet euidentissimè non tam naturali quàm ciuili iure fieri vt paterna hereditas suis heredibus solis debita esse dicatur. Adeò vt neque Prætor, qui tamen potissimùm naturalem æquitatem intuetur, det vnquam bonorum possessionem ex capite Vnde liberi petentibus liberis maternam successionem, sed ex capite Vnde legitimi, quia non suo iure succedunt matri liberi, quomodo sui heredes patri, quos constat nec indigere vt intestati patris hereditas iis per legem 12.tab. deferatur, sed succedunt iure ciuili ex SC. Orphitiano si legitimi sint liberi, & ex legitimo matrimonio nati *lege generaliter 3. D. vnd. legit.* aut ex capite edicti Prætoris Vnde cognati si sint spurij *leg. 1. §. si qua prægnans l.2.l.si spurius D.vnd.cognat.* Cur nõ verò Vnde liberi cùm sint liberi non minùs imò certiùs, vt dictũ est, matris quàm patris? Nẽpe quia prætor ea parte edicti Vnde liberi, non omnes liberos vocat, sed eos tantùm qui vel sint sui heredes, vel futuri erãt si emancipatio nõ interueniisset: In quo numero non sunt liberi respectu matris sed patris tantùm. Falsum igitur est quod

noſtri pro tam vero habent, parentum hereditates iure naturæ liberis debitas eſſe. Illud verò falſius, legitimam portionem quæ inofficioſi teſtamenti querelam excludit eodem iure naturæ deberi, Cùm ratione legitimæ nihil vnquam interfuerit an in bonis paternis, an in maternis ea peteretur. Semper autem valde interfuerit ratione ſucceſſionis an de paterna, an verò de materna ageretur, vt oſtendunt ea quæ modò diximus. Nam & idcirco inſtituendus erat à patre filius vel exheredandus & quidem nominatim, vt valeret teſtamentum, non etiam à matre cuius præteritio pro exheredatione habebatur *Tit. de exhered. liber. Inſt.* Et quamuis ritè facto teſtamento perinde arceatur filius à querela contra teſtamentum, ſiue patris, ſiue matris proponenda ſi modò quartam bonorum partem quoquo relicti titulo acceperit, inſpecto iure vetere, Priùs tamen quàm inductum eſſet querelæ remedium ſiue per legem Gliciam, vt vult Cuiacius, ſiue quod nos magis probamus, per interpretationem prudentum, An non excluſi erant liberi non modò à legitima, ſed etiam ab vniuerſa ſucceſſione ſiue exheredati eſſent nominatim à patre, quamuis ſine cauſa, ſiue à matre etiam præteriti? Quis ergo dicat iam tùm debitam liberis fuiſſe legitimam iure naturæ in bonis parentum, aut ipſam quoque parentum ſucceſſionem? Quòd ſi neque ſucceſſio, neque legitima eo tempore debita iis erat iure naturæ, An fortè admittemus ius aliquod naturæ poſterius tandem emerſiſſe ex quo cœperit non modò legitima portio, ſed ipſa etiam parentum ſucceſſio liberis deberi?

ERROR SEXTVS.

De differentia portionis quæ debetur liberis, & eius quæ debetur patrono in bonis liberti condemnati, Et de priuilegio ſuorum heredum hac in re.

SED etſi verum eſſet debitam eſſe parentum ſucceſſionem liberis iure naturæ, aut ſaltem legitimam in bonis parentum portionem, Mala tamen eſſet illa interpretum collectio, vt ob eam cauſam ſalua eſſe debeat ſaltem legitima iſta portio in bonis condemnati. Hoc enim ſi ita eſſet, Non ergo debuerat olim materna ſucceſſio à paterna ſeparari *dict. l. de bonis*, Nec rurſus alia portio liberis concedi ex indulgentia principali, quàm quæ legitimam æquaret, quod tamen factum non eſt *d. l. cùm ratio*. Sic enim obſeruabatur in perſona patroni, ſi fortè libertus bonorum publicationem paſſus eſſet, vt non eriperetur patrono, quod is habiturus erat in bonis liberti ſi libertus morte ſua deceſſiſſet, at reliqua tantùm pars quæ ad manumiſſorem pertinere non poterat, fiſco vindicaretur *d. leg. cùm ratio §. ſi in libertinum.* Scilicet quia patrono ſua portio verè debetur nullis exiſtentibus liberis, non quidem iure naturæ aut ciuili ſed prætorio, quamuis non ſine ratione naturali *l. 1. & tot. tit. D. de bon. libert.* vbi paſſim hæc debita portio appellatur: Quod quamuis de legitima quoque portione quibuſdam locis ſcriptũ ſit *vt in l. Papinianus 8. §. quoniam autem D. de inoff. teſt.* quã & debitũ naturale vocauit Iuſtinianus *in l. ſcimus 36. §. vlt. C. eod.* longè tamẽ alio ſenſu id dictũ videri debet, ſcilicet nõ vt debeatur abſolutè, ſed vt debeatur cauſatiuè, vt noſtri loqui ſolent, id

eſt

est ad effectū excludendæ querelæ inofficiosi testamenti, postquā fuit remedium illud introductū ad parentum impietatē & licentiam nimiam qua abutebātur coercendā, cùm anteà inauditū esset nomē legitimæ, tantùm aberat, vt siue successio ipsa tota patris vel matris, siue successionis portio aliqua iure vllo liberis debita diceretur. At patrono debetur omnimodo dimidia portio in bonis liberti sine liberis defuncti, dátque illi prætor dimidiæ partis bonorum possessionem contra tabulas, dummodò adsit hoc vnum, vt ex liberti testamento hereditas adita sit, aut bonorum possessio petita *d. l. illud 4. in princip.* D. *de bonor. poss. contr. tab. l. 3. §. vt patronus* D. *de bon. libert.* Consequens igitur est, vt quo casu de querela inofficiosi testamenti tractare non potest, nec illud dici possit legitimam aliquam liberis deberi. Atqui non potest liberis competere querela mortuo patre condemnato, non ob id solùm quòd testamentum nullum esse potest hominis ad vltimum supplicium damnati, aut deportati, vt probauimus in superioribus, sed etiam quia non alio casu proponi querela potest, quàm quo non sit relicta portio quæ relinqui potuit & debuit ex bonis defuncti quæ is mortis tempore reliquerit, & ex comparatione eius quod ab intestato habiturus fuisset is qui vult conqueri *d. l. cùm quæritur 6. C. de inoff. test.* Nulla porrò bona relinquere potest moriens is, qui viuus & bona omnia & ciuitatem amisit & ius quoque habendi heredis ab intestato. Non est igitur quod hoc casu de naturali debito legitimæ tractari queat, vt neque de querela inofficiosi testamenti, Cui nec locus esset etiamsi non amissa, sed inter viuos donata essent bona, ita vt hoc casu necesse fuerit induci remedium querelæ inofficiosæ donationis, vt fraus per donationem facta querelæ inofficiosi testamenti, vindicaretur *l. 1. vlt. & pass. C. de inoff. donat.* Ergo fateamur quod res est, rationem ob quam olim dimidia portio bonorum condemnati liberis tribuebatur: non illam fuisse quòd ea portio iure naturæ debita videretur præsertim cùm duplo legitimā portionem excederet, nec ab initio ita soleret obseruari vt portio aliqua liberis concederetur, sed hāc vnā quòd inhumanum videretur ob delictum patris in summam egestatem deuolui liberos innocentes, & quibus neque culpa vlla propria, neque paternum crimen poterat imputari. Quę ratio solis conueniebat suis heredibus, qui quoniam iure patriæ potestatis impediebantur ne possent sibi quicquam acquirere patre volente sibi per eos acquiri, manebant sanè nudi & sine bonis vllis si paternis omnino spoliarentur. Inde fiebat vt emancipati ad eam portionem concessam non admitterētur cum suis heredib. si nō bona sua omnia conferre parati essent *l. si deportatus 8. C. de bon. proscript.* Item vt adoptiuis liberis eędem portiones quæ naturalibus & legitimis concederentur, dum ne infraudem fisci facta esset adoptio *d. l. cùm ratio §. ex bonis*, quia cùm adoptiui fiāt sui heredes patri adoptatori, eiq; acquirāt omnia iure potestatis, nō alia bona sperare vlla possūt quā ex patris adoptiui substantia, & ita fieret necessariò vt æquè summa egestate laborarent si non iis perinde ac cæteris suis heredibus naturalibus & legitimis ex humanitate subueniretur. Rursum vt liberis matris condemnatę nulla portio tribueretur *d. l. de bonis*, quia etiam post publicata materna bona omnia, poterant iis sufficere paterna. Denique vt neque nepotum ex filiabus prędefunctis superstitum ratio vlla haberetur, sed eorum duntaxat qui ex filiis prædefunctis supererent *l. quando quis 10. eod. tit.* Quia scilicet cùm nepotes ex filia familiam patris sequantur non matris *l. familiæ 196. §. 1. de verb.*

*ſignific.l pen.D.de lib.agnoſ.*verēdū nō erat ne amiſſis bonis omnib. aui materni,fame perirēt,qui bona patris omnia retinebāt.In ſūma nullo caſu fuiſſe debitas liberis portiones iſtas quæ iis ex principali indulgētia cōcedebātur,apparet vel ex ipſis nominibus indulgentiæ & conceſſionis.Nam neque indulgeri,neque concedi diceretur quod iure aliquo ſiue ciuili,ſiue naturali deberetur *l.donari* 81.*de reg. iur.* & quamuis admitterem quod toties negatu,debitam eſſe liberis à parentibus legitimā aliquā portionem,Eſſet tamen ratio ineptiſſima ſi quis ex eo inferre vellet,concedendam igitur illis eſſe legitimā,quia licèt præſtetur portio ex bonis condemnati parentis, non tamē à parente præſtatur,ſed à fiſco,poſtquā is bona damnati omnia iure ſuo occupauit.*d.l.ſi deportatus* 8.*C.de bon.proſcript.*Itaque debitam à fiſco eam eſſe oporteret,vt concedi eam quaſi debitam neceſſe eſſet.In eóque rurſum differt portio illa dimidia,quæ liberis condemnati à fiſco conceditur,ab illa quæ patrono relinquēda eſt ex bonis dānati libertini.Non enim à fiſco hæc conceditur,ſed patrono primùm defertur, nec quicquam vindicatur fiſco priuſquàm patrono fuerit ſatisfactum *d.§.ſi in libertinum:*quæ differentia notanda maximè eſt,ſed magis ratio differentiæ.Quia portio dimidia debetur patrono in bonis liberti iure cuiuſdā obligationis,& imagine quadam ſocietatis,vt quod viuus ſolebat ſocietatis nomine præſtare id etiam poſt mortem ſuam præſtaret quemadmodum ſubtiliter ratiocinatur Vlpian. *in d.l.1. §.vlt.D.de bon.libert.* At portio neque legitima, neque alia vlla debetur liberis à parentibus iure naturæ ſed tantùm ex voto naturæ quomodo Papin. noſter loquitur *in d.l.ſcripto in fin.Vnd.liber.*quod longè diuerſum eſt. Nec enim votum illud obligat quod nihil niſi deſiderium eſt, ius autem naturæ obligaret.Ac certè ſi natura debere is dicitur quem iure gentium dare oportet *l.cùm amplius* 184.*§.is natura debet.de regul.iur.*qua fronte poſſunt liberi dicere vllam ſibi legitimam deberi iure gentium ſiue à parētibus,ſiue in bonis parentum, cùm feſtinare dicatur contra ius gentium quiſquis tam improbus eſt vt ſollicitus ſit de hereditate viuentis *d.l.donari* 29.*aliàs l.quidam §.donationem D.de donat.*etiamſi non de vniuerſa ſucceſſione,ſed de legitima ſola cogitet? *l.1.§.ſi impubere D.de collat.bonor.*

ERROR SEPTIMVS.

De legitima ſublata per ſtatutum ex quo irrogata ſit patri ſimpliciter confiſcatio bonorum.

RATIO altera eſt qua diximus moueri pleroſque interpretū, vt legitimam deberi putent liberis eius cuius bona per ſtatutum ſimpliciter & indiſtinctè confiſcata ſint nulla liberorum mentione facta,quia,inquiunt,fieri non poteſt vt legitima per ſtatutum tollatur in totum,Præſertim ea quæ liberis & deſcendentibus debetur, vtpote quæ non tantùm miſerationis,& æquitatis ratione,ſed ipſo etiam naturæ iure, quod immutabile eſt,debita eſſe exiſtimetur. Sed ea quoque ratio & falſa eſt, & ad propoſitam quæſtionem parum accommodata. Falſa eſt, quoniam vt iam diſputauimus *in Error.* 3. *Decadis* 15. cùm legitima nihil aliud ſit quàm portio

tio

tio portionis ab intestato contingentis *l. quæ nuper 31. C. de inoffic. testament.* consequens omnino est vt Statuta, quæ potestatem habent disponendi de successionibus & hereditatibus, etiam de legitima liberè ac pro arbitrio disponendi facultatem habeant, ac proinde illam in totum quoque tollendi. Cùm fieri nequeat vt ei qui à successione in totum exclusus est legitima vlla debeatur. Hinc est quòd non priùs cœpta est liberis deberi legitima in bonis matrum, quàm ex SC. Orphitiano cœperint liberi succedere matribus ab intestato, cùm anteà non succederent, tanquam qui neque sui essent, neque agnati, vt Iustinianus refert *in tit. de Senatusc. Tertyll. & De SC. Orphit. Iustt.* Item quòd ante comparatam & introductam querelam inofficiosi testamenti siue per legem Gliciam, vt credidit Cuiacius, siue quod probabilius semper existimaui per interpretationem prudentum ad legem 12. tabul. nulla liberis in parentum bonis legitima debebatur, neque verò quæstioni de legitima locus fieri vllus poterat, de qua tum agi cœptum est cùm de querela inofficiosi tractari cœpit, quam scilicet sub ea veluti conditione prudentes induxerunt, & proponi posse voluerunt, si quartam non haberent liberi aut aliæ personæ, quibus ab intestato vel tota successio, vel pars successionis debita fuisset. Illud enim duntaxat primùm fuerat inductum, vt liberos qui in parentum potestate essent, ab iis vel instituì, vel exheredari necesse esset vt testamentum valeret, non etiam vt portionem aliquam siue quartam, siue aliam iis exheredatis relinqui oporteret, siue ad implendam testamenti sollennitatem, siue ad impediendum ne subuerti testamentum quandoque posset, nondum inducto, vt dixi, remedio querelæ, cui nec aliud causam dedit, quàm quòd nimia illa liberos pro arbitrio exheredandi licentia parentes passim abutebantur, exheredando eos vt plurimùm sine causa eo scilicet tempore quo & occidere illos impunè potuissent, quomodo Paulus noster ratiocinatur *in l. in suis* 11. *D. de liberis & posthum.* Quòd si ex his apparet aliquod fuisse tempus in quo sic obseruabatur vt legitima nulla deberi crederetur ne quidem liberis in bonis parentum, Planè non video quid obstet quominùs possit, quisquis cõdendæ legis potestatem habet, etiam hodie facere vt eodem iure vtantur liberi quoque, ac multò magis cæteri ne possint legitimam vllam petere, in bonis præsertim eorum à quorum intestatorum successione penitus sint exclusi. Et verò ita obseruari in Gallia edicto contra matres in eam rem expressim facto, præterquàm in Delphinali prouincia, quę ius illud admittere nunquam potuit, Itémque apud Augustanos nostros generaliùs, ne parentes in liberorum bonis legitimam aliquam habeant, notissimum est, & ex constitutionibus Regiis, & ex scriptis moribus Augustanorum: Idque nos supradicta Decade iam monuimus. Et quod nostri distinguunt quotam legitimæ à tota, quasi quota minui possit per statutum, sed non tolli tota, faciunt hercle, iudicio meo, parùm subtiliter. Non enim magis à natura est, nec minùs ex legibus vt filius legitimam aliquam habeat in bonis patris vel matris, quàm vt ea legitima sit quarta semper, vt olim, aut vt hodie triens vel semis pro numero liberorum; neque minùs legitima est & dicitur portio illa quæ parentibus debetur in bonis liberorum, aut fratribus in successione fratris qui turpem, aut maculæ alicuius nota aspersum heredem instituit, quàm quæ liberis in bonis parentum, cùm tamen nemo dicere bene possit, æquè naturali iure legitimas istas omnes

debitas esse Parentes enim sola ratio miserationis admittit & quidem contra votum commune & naturæ & parentum, vt sæpius diximus ex *lege nam etsi* 15. *D. de inoff. testament. l. scripto* 7. §. *vltimo D. vnd. liber.* Tantum abest vt possit dici vllam iis deberi legitimam iure naturæ: Fratres verò ad querelam inofficiosi testamenti eo demum casu quo turpis vel quoquomodo notata persona heres instituta sit, sola ratio æquitatis inuitat, & publicæ honestatis. Et tamen omnes hæ portiones perinde dicuntur legitimæ, quia æquè omnibus commune illud est vt ex legibus debeantur. Quod autem adferri solet *ex l. vltima D. de bonis damnatorum*, rationem naturalem quasi legem quandam tacitam addicere liberis parentum hereditates, vt ex eo inferatur, quod passim nostri inferunt. Iure igitur naturæ legitimam liberis deberi, quàm parum ad rem faciat, iam suprà ostendimus. Falsa igitur est ratio illa quam nostri adferunt vt probent legitimam statuto in totum tolli non posse quod iure naturæ debeatur. Quàm verò parum sit ad propositam quæstionem accommodata, quod etiam probandum nobis est, Apparet ex eo, quod etiamsi tam vera esset quàm falsa est, fieri tamen ex ea non posset vt eo magis legitima aliqua liberis deberetur eo casu quo per statutum irrogata sit patri simpliciter confiscatio bonorum. Tunc enim de legitima quærendum est, An tolli ea in totum possit per statutum, Cùm statuto prohiberentur liberi petere legitimam in bonis quæ pater mortis tempore reliquisset, Quo demùm tempore quæri potest de ponenda & inunda legitimæ ratione, *lege cùm quæritur 6. C. de inoffic. testament.* At in proposita quæstione nihil tale tractari potest. Confiscatio siquidem vniuersorum bonorum efficit vt nulla bona moriens possit relinquere, qui omnia viuus amisit, ac proinde vt nihil sit ex quo legitima præstari & deduci queat: Nisi fortè quis velit dicere, nec illud per statutum fieri posse vt bona condemnati omnia publicentur. Quod tamen fuerit prorsus improbabile. Quidni enim possit hoc fieri per statutum, quod etiam remota statuti potestate fieret ex iure communi, tùm quoque cùm portio dimidia liberis esset conseruanda vel potiùs tribuenda? Nec enim quod ea portio tribuitur liberis ex indulgentia Principis, facit aut impedit quominus bona condemnati vniuersa publicentur & in fiscum cogantur, Ideóque & indulgentia Principis necessaria est, & portio illa per fisci manus capienda, vt diximus in præcedentibus *ex leg. si deportatus* 8. *& leg. quando quis* 10. *C. de bonis proscript.* Nullâ ergo, neque iuris, neque æquitatis ratio patitur vt propter condemnati liberos prohibeantur statuentes pœnam irrogare publicationis vniuersorum bonorum, soláque illa superesse quæstio potest, An ex iis bonis omnibus tractari portio aliqua liberis à fisco tribuenda sit, quomodo ex iuris communis ratione olim tribuebatur. Cæterùm quin statuto prohiberi possit ne qua tribuatur, dubitandum non est, cùm si quando tribuatur, non fiat nisi ex indulgentia, quam necesse est nomen suum amittere, quoties ab inuito extorquetur, quod non nisi ab indulgentis liberalitate proficisci deberet: Alioqui dicendum esset non modò legitimam portionem quæ debetur liberis in bonis patris condemnati per statutum tolli in totum non posse, sed neque illam quæ viuo condemnato tribuenda est liberis eius à fisco, quam tamen nemo dixerit debitam esse iure naturæ, cùm sit illa duplò amplior & maior quàm ea quæ iure vetere post parentum mortem liberis pro legitima debebatur.

Erat

Digitized by Google

Erat enim hæc quarta bonorum, illa dimidia, idémque etiam hodie iuris est, cùm non sit à Iustiniano aucta legitima nisi vsque ad trientem si quatuor tantùm sint liberi, quamuis voluerit posse ad semissem vsque ascendere si plures quàm quatuor liberi proponantur, Eo autem admisso vt non posset statuto tolli ea portio quæ ex iure communi liberis condemnati præstanda esset, fieret vt cùm interpretes ferè omnes fateantur posse statuto minui quotam legitimæ, non posset tamen in quæstione nostra statutum facere vt non augeretur supra legitimæ modum ea portio quam legitimæ loco esse, ac in eius quodammodo vicem substitui volunt, ita fieret vt inuiti statuentes cogerentur meliorem facere condicionem liberorum hominis ex grauissimo delicto condemnati quàm eius qui innocens, & in ciuitate decessisset, si possent minuere legitimam portionem liberorum hominis innocentis, non etiam liberorum hominis condemnati: Quod certè perabsurdum & iniquũ esset: Cùm delicta præsertim atrociora grauiùs & atrociùs puniri intersit reipublicæ, cuius potiorem causam esse cõuenit quàm liberorum, quia & reipublicæ prius quàm vel sibi, vel parentibus liberi nascuntur *l.1. §. & generaliter De ventr. in possess. mittend. l.1. in fi. D. ad leg. Iul. maiest. l. postliminium* 19. *§. filius quoque familiæ D. de capt. & postlimin. l. honor* 14. *§. plebeij D. de muner. & honor.* Nec alius fauor est procreationis, & educationis liberorum, quàm quia reipublicæ interest vt ciuibus augeatur *l.1. D. solut. matr. l. hoc modo* 64. *De cõdic. & demonstr. l. interest* 18. *De reb. author. iudic. possid. aliàs l.3. De priuileg. credit.* Denique si statuto fieri nequit vt non sit conseruanda liberis condemnati portio dimidia bonorum patris: Consequens fiet eadem ratione vt neque possit statutum impedire ne vniuersa condemnati bona liberis relinqui oporteat eo casu quo volunt interpretes bona omnia liberis relinquenda esse propter numerum liberorum: sicque eueniet vt inuitis statuentibus impunita maneant delicta quod pertinet ad bonorum publicationem, quam tamen præter corporalem pœnam irrogari plerumque æquissimum est, vt grauioris pœnæ & iacturæ metu facinorosi homines à perpetrandis sceleribus deterreantur. Quamquam non vrget hæc ratio Erciscundos illos contra quos nunc disputauimus. Fatentur enim illi, posse statuto minui portiones illas quæ olim liberis seruabantur, sed hactenus tamen vt legitima eorum portio quam in bonis defuncti patris habituri essent, non minuatur. Quod cùm dicunt, hoc ipso faciunt, vt portio legitima substituatur in locũ veteris portionis quæ liberis seruanda erat in bonis patris etiamnum viuentis, & ita tamen substituatur vt nihilominùs alio iure censeatur. Cùm è contrario vetus illa portio liberis relinqueretur non in locum legitimæ quæ nec viuo patre deberi vlla poterat, nec post mortem eius qui nulla bona moriens reliquisset, At potiùs in locum totius successionis quam pro iure suo sperare post patris mortem poterant liberi si viuus pater condemnatus, bonorúmque suorum omnium publicationem passus non fuisset. Proinde implicat illorum sententia contradictionem manifestam, In eo quòd volunt Posse per statutum fieri, vt propter condemnationem patris auferatur successio liberis, quibus tamen nolunt auferri posse legitimam, quæ sit vice successionis. Item in eo quòd portionem illam quam inuito statuto ex publicatis parentum bonis relinqui liberis volunt, legitimam appellant, nec eam legitima portione maiorem esse patiuntur, Et tamen dãt

eam liberis etiam viuo patre, cùm neque iuris, neque æquitatis ratio vlla ferat vt viuo parente præsertim qui bonis omnibus exutus sit, legitima vlla liberis debeatur. Ergo vel de vetere illa portione quærendum est, negandúmque quod ista fatentur, posse illam per statutum diminui quantumcunque maiorem legitima, vel fatendum non posse hac parte fauorabiliorem esse causam legitimæ de qua nec Imperatores, nec prudētes veteres vnquam in hoc casu locuti sunt, adeóque nec loqui potuerunt, quàm veteris illius portionis, cui & liberorum fauor patrocinabatur, & nihil repugnabat quominùs etiam viuo patre, ac tùm quoque cùm de legitima quæri adhuc nihil poterat, ea condemnati liberis per indulgentiam Principis à fisco tribueretur.

ERROR OCTAVVS.

De fideicommisso quod adscriptum est seruo deportati ad l. si deportati 7. in princ. de legat. 3.

SI deportati seruo, inquit Vlpianus fideicommissum fuerit adscriptum, ad fiscum pertinere dicendum est, Nisi si eum deportatus viuo testatore alienauerit, vel fuerit restitutus. Tunc enim ad ipsum debebit pertinere. Hîc verò illud primùm inquirantur interpretes Quam rationem habere possit quod lex ait fideicommissum deportati seruo adscriptum ad fiscum pertinere. Certum enim est tractare Vlpianum de eo deportati seruo, qui nondum seruus eius fuerit tempore publicationis, sed qui posteà fuerit ei acquisitus ex contractu aliquo iuris gentium puta ex emptione, aut ex permutatione, aut ex donatione. In eóque interpretes omnes post Accursium consentiunt, & rectè. Constat enim, quod in superiore Decade iam docuimus, in generali publicatione bonorum ea tantùm venire quæ condemnatus habuit eo tempore, non etiam quæ post sententiam acquisiit, cùm amissa etiam libertate remaneat ille capax acquirendi ex contractibus iuris gentium, quia scilicet retinet libertatem *l. si mandauero 22. §. is cuius bona. D. mandat. l. 2. C. de bonis proscript. l. deportatus 15. in principio D. de interd. & releg.* Et verò non deportati seruum dicere Vlpianus debuisset, sed fisci, si de eo seruo loqueretur qui iam ipso sententiæ tempore fuisset deportati, quia per sententiam fisco acquisitus fuisset, Ideóque nec à deportato alienari posteà potuisset siue viuo, siue mortuo testatore. *d. l. deportatus*, in illis verbis: *Priora enim bona quæ publicata sunt alienare non potest.* Itaque cùm negari non possit loqui Vlpianum de seruo deportati, & in quo nihil iuris habeat fiscus viuo deportato, mirum sanè est quod ait, fideicomissum quod ei relictū ab aliquo fuerit, non ad deportatum ipsum qui verus dominus est, sed ad fiscū pertinere. Quòd si de hoc solo quæreremus, Cur ad deportatum pertineret, facilis vtique esset responsio, eaq; duplex. Primùm enim dici posset, Ex iure ciuili esse, nō ex iure gentiū vt dominis per seruos acquiratur, & quidem non solùm ignorātibus, sed etiā inuitis *§. item vobis Instit. per quas person. cuique acquir. Et tit. per quas person. oblig. nob. acquir. in princ. l. seruus vetante 62. de verb. oblig. l. etiam inuitis 32. de acquir. rer. domin.* ita vt ne momento quidē tēporis acquisitio cōsistat in

persona

persona ferui *l. placet* 79. *D. de acquir. hered.* Deportatum autem cùm ciuis esse desinat amittere omnia illa quæ sunt iuris ciuilis. Nihil ergo posse illi acquiri per seruum, Quamuis ex iure gentium sit vt seruum habere quis possit *l.* 4. *§.* 1. *De stat. homin.* Secundò dici etiam illud posset, Etiamsi fideicommissa iure ciuili sint incognita, ex iure tamen ciuili esse vt capere quis fideicommissum possit non modò ex testamento, sed etiam ex alia qualibet defuncti hominis voluntate, Quia ius ciuile illud est quod vltimas omnes defunctorum voluntates confirmat, facitque ne defuncto homine intercidant, & vt fideicommissa hodie non solo pudore vt olim, sed etiam vinculo aliquo iuris constringantur. *§.* 1. *Inst. de fideic. hered. & tit. De codicill. in princip.* Mirum igitur non est deportatum neque heredem existere, neque legata, vel fideicommissa ex testamento capere posse *d. l. deportatus §.* 1. vbi tamen Iurisconsultus monet aliud esse in eo qui deportatus sit à Præside siue Principe, id est qui vel heres extiterit vel legatum aut fideicommissum acceperit ex testamento priusquàm Præsidis factum Princeps comprobauerit. Hic enim capere interim ex testamento potest, tanquam qui nõdum ciuitatem amisit, quousque Princeps vel insulam ei adnotauerit, vel de eo deportãdo scripserit *l. si quis filio* 6. *§. eius qui deportatur D. de iniust. rupt. & irrit. fact. testã. l.* 1. *§. deportatos. §. de leg.* 3. Siue quòd cùm Præsides illi essent qui nõ vice Populi, vt Proconsules, sed vice Cæsaris prouincias ipsius Cæsaris administrabant, vt alibi scripsimus, inuidiosum videretur tantam magistratui Cæsaris potestatem dari, vt ciui Romano posset adimere ciuitatem salua libertate (est enim odiosior ciuitatis amissio, quæ salua libertate contingit, quàm quæ in consequentiam necessariam amissæ libertatis, sicut & difficilius olim erat patribus vt filiisfamilias libertatem sine vita eriperent quàm vt eos occiderent *l. vlt. C. de patr. potest.*) Siue potiùs quòd Imperatoris valde interesset scire in quam insulam vel deportatus quis fuisset, à Præside si quam fortè prouinciam habebat ille in sua prouincia, vel in quam deportandus esset. Ne quid ille fortassis tanquam hostis reipublicæ factus cõtra rempublicam aut Principẽ liberiùs molliretur, Vnde fiebat vt neque deportandi ius alij haberẽt, quàm quibus id nominatim datũ esset à Cæsare, Inter quos non erant Præsides *l.* 2. *§.* 1. *D. de pœn.* Neque Principis factum vllum requireretur ad comprobandam eorum sententiam quibus deportandi ius datum erat, quomodo datũ erat, præfecto vrbi & præfectis prætorio, adeóque iis qui vice præfecti ex mãdatis Principũ cognoscerent *d. l.* 1. *§. à præfectis de legat.* 3. quorum ille præcipuus erat populi in vrbe magistratus quique de criminibus omnibus coërcendis iurisdictionẽ sibi vindicauerat post epistolã Seueri ad Fabium Chilonem *l.* 1. *de offic. præf. vrb.* Hi verò non tã Cæsaris magistratus, quàm totius Imperij rectores erant & quodammodo vicarij Cæsareę maiestatis. De quibus tam præclarè sentiebant Principes, vt eos qui ob singularem ipsorũ industriam explorata eorum fide & grauitate ad tanti officij magnitudinem adhibebantur non aliter iudicaturos crederẽt, quàm ipsi Principes essent iudicaturi vt scriptum est *in l. vnic. §.* 1. *D. de off. præt.* Cùm ergo Vlp. noster in *d. l. si deportati*, loquatur de deportato, necessariò intelligendus est de eo, qui deportatus sit ab eo quẽ constet habuisse ius deportandi, aut à Præside quidẽ sed cuius factũ Princeps adprobauerit, ac proinde de eo qui nihil capere possit ex testamento. Sed mirabile tantùm illud est, & longè difficilioris inuestigationis, Quã rationẽ habeat, quod placet Vlp. fideicommissum seruo de-

portati relictũ ad fiscũ pertinere. Non enim bona consecutio est si quis dicat ideò pertinere ad fiscũ quòd ipsi deportato acquiri nõ possit, cùm nihil prohibeat haberi potiùs pro non scripto,& penes scriptũ heredẽ remanere, tanquã deficiẽte persona cui possit acquiri,quomodo si relictũ esset ei qui iã ipso testamenti tẽpore amplius in rerũ natura non fuisset *l. pen. D. de his quæ pro nõ script. hab.* Neque rursus verũ est quod vult Bart.maiorẽ esse capacitatẽ in seruo cui fideicõmissum datũ fuit, quàm in deportato,cuius seruus est.Nã cùm deportatus amittat tãtùm ciuitatem,retineat verò libertatẽ,fieri certè non potest quin magis capax sit acquirendi,quàm seruus qui non magis liber quàm ciuis est.Vnde fit etiã vt possit deportatus sibi acquirere ex quocunque contractu alióve modo qui sit iuris gentium *l. deportatus* 15. *in princip. De interd.& releg.* Quod non perinde possis dicere de seruo, quippe qui non minùs gentium quàm ciuili iure nullus est,nec inter homines computatur nisi quod attinet ad ius naturale secundum quod omnes sunt liberi, nulli serui *l.4 de instit.& iur.l.quod attinet* 32.*de regul.iur.* Atqui dicat aliquis pro Bartolo,Negari non potest quin seruo legatũ vel fideicõmissum adscribi adeóque hereditas per testamentum directò dari possit *l. non minùs* 31.*D. de her.instit.* quòd de deportato non similiter dici potest *l.1.C. eod.* Hoc enim sanè est quod videtur Bartolum fefellisse.Sed respondendum est quod Bart.animaduertere debuit,Non habere hoc ius ex propria persona seruum vt possit quicquam capere ex testamento, sed ex persona domini quem talem esse oportet vt sit capax, Alioqui certum est,nihil seruo dari posse *d.l. non minùs*.Et hoc nimirum est quod nostram auget dubitationem. Cùm enim tractemus de seruodeportati qui neque ex propria,neque ex domini sui persona vllo modo capax est, Cur admittimus valere fideicõmissum quod ei relictum fuit, cùm si eius domino deportato datum esset,nulla iuris aut æquitatis ratione defendi posset,ac pro non scripto haberetur? Imò verò cur fideicommissum huiusmodi admittimus cum Vlp. pertinere ad fiscum,qui neque dominus eo tempore est, neque futurus vnquam fortassis est.Quid enim si deportatus aut restituatur postea in ciuitatem vt *in l. i. tercidit* 57. *De condic.& demonstr.& tot. tit. D.& C.de sentent.pass. & restit.* Aut seruum hunc alienet? Nam & hoc ei liberum est dum ne in fraudem fisci alienatio facta probetur *d.l. deportatus*. Scio Castrensem mira subtilitate hanc ad Vlpianum rationem adferre,quòd hic seruus deportati,saltem spe eáque probabili sit fisci,cùm ex sententia deportationis futurum sit vt publicetur & fisco acquiratur moriente deportato in eo statu,siue seruus alienatus non fuerit, siue in fraudem fisci alienatus proponatur. Quemadmodum autem,inquit, seruus plurium qui aut heres institutus est aut legatum vel fideicommissum accepit si vni ex dominis suis aliqua de causa non possit acquirere,alij in solidum acquirit *l.qui bona fide* 23. *in fin.D.de acquir.rer.domin.* Ita & qui duorum seruus est,vnius quidem spe,alterius autem re vera,si ei cuius reuera est acquirere non possit,ei acquiret interim, cuius esse speratur. Sed tamen neque hæc Castrensis subtilitas probari mihi potest. Etenim cùm non aliter valere possit legatum vel fideicommissum quod alicui datum est, quàm si eo saltem instanti quo dies cedit capax inueniatur, ita vt nihil possit prodesse si posteà superueniat capacitas, quia legati vel fideicommissi delationem ad eo tempore fieri necesse est quo legatorum & fideicommissorum dies cedit,aut nunquam: Fatendum est solam spem capacitatis non posse sufficere,non

cere, non dicam vt legatum acquiri per seruum exinde possit ei qui nullum dominij ius in seruo nisi spe habeat, sed vt legatum, vel fideicõmissum subsistat, aut in suspenso maneat vsque ad id tempus quo spei effectus vel deficiat, vel sequatur. Cúmque certum sit nullam penitus esse serui capacitatẽ nisi quam ex domini sui persona mutuetur *d. l. non minùs*, non potest dici aut capacem iam illum esse ex eius persona qui nondúm sit dominus, Aut quod seruo relictum est, statim acquiri ei, qui speret tantùm aliquo casu, & tempore dominum se futurum. Spem enim acquirendi per seruum, æquo pede incedere oporteret, cũ spe acquirendi ipsius serui, vt quandiu spes est fore vt deportati seruus acquiratur fisco, tandiu quoque spes duret, fore vt quod fideicommissi nomine huic deportati seruo relictum est, per seruum fisco acquiratur, At non vt priùs ad fiscum pertineat fideicõmissum quasi iam acquisitum per seruum deportati, quàm seruus ipse fuerit acquisitus, quod tamen interpretes nostri omnes putant Vlpianum supradicto loco sensisse. An ergo dicemus quod vnum reliquum videtur, & quod idem Castrensis fateri tandem cogitur, Eam Vlpiani sententiam si summo meróque iure disputemus defendi nullomodo posse? Imò verò potest defẽdi, sed ita demùm si bene intelligatur & lõgè aliter quàm accepta sit ab interpretibus. Puto autem sic accipiendã esse, vt fideicõmissũ huiusmodi ad fiscũ pertineat, nõ simpliciter & absolutè, neque statim à die mortis, quod nec Vlp. ait, sed eo demùm casu & tẽpore quo ipse etiã seruus fisco vindicetur. Prius enim necessariò est, vt seruus sit fisci nõ tantùm spe, sed etiã verè & reipsa, quàm vt per eũ aliquid acquiri possit fisco. Porrò quandiu deportatus viuit, nec seruum hunc alienauit, in pendenti est, & in euentu incerto positum, cuius futurus sit seruus. Nam si deportatus restituetur in ciuitatem non modò semper dominus serui fuisse videbitur, sed etiam semper capax fuisse acquirendi per eum illa omnia quæ ipsi testamento relicta sunt: quia restitutio, cùm est plena, reddit omnia quæ pœna abstulerat *l. 1. & pass. C. de sent. pass. & rest. 1.* Et ideò non ait Vlp. restituendum esse deportato fideicommissum à fisco quasi priùs fisco acquisitum, sed ad restitutum pertinere, id est, nũc primùm ab instanti restitutionis, & ita vt ad fiscum nunquam pertinuerit. Si verò non restituetur, omnia quæ mortis tempore habuerit fiscum sequẽtur, ac proinde hic quoque seruus, & quicquid serui personam comitatur, In quo numero est legatum vel fideicõmissum quod alterius testamento datum ei fuit *l. si tibi homo 86. §. cùm seruus, de legat. 1.* Nam quamuis locus ille de eo seruo loquatur, non tantùm cui legatum vel fideicommissum datum, sed qui ipse quoque legatus sit, idem tamen hac parte iuris est in deportati seruo, de quo nunc agimus, vt & ipsius serui status, & omnium eorum quæ personam ipsius attingũt in suspenso sit. Vtque secundùm hanc regulã de iis quoque statuatur quę per traditionem seruus ille acceperit aut stipulatus sit, déque his quæ legata ei vel donata, vel per fideicommissum relicta fuerunt, vt vel fisci, vel deportati seruus ea gessisse aut accepisse existimetur. Dices fortasse Statũ quidem ipsius serui, & eorum omnium quæ personam ipsius attingunt in suspenso manere posse vt in *d. §. cùm seruus*. sed validitatem fideicõmissi quod ei datum est non posse suspendi, cùm necesse sit, vel eo tempore fideicommissum id valere, quo dies fideicommissorum cedit, id est tempore mortis testatoris si fideicommissum purum fuit, vel nunquam. Illa siquidem perelegans differentia est inter actus viuentium & defunctorum

quod non ſicut viuentium, Ita & defunctorum actus ſuſpendi poſſe receptũ eſt *l. vlt. in fin. D. commun. præd.* vbi obſeruandum eſt, quod ad rem noſtram valde pertinet agere Paulum de legato cuius dies inutiliter ceſſerit ob id ſolùm quòd non potuerit diutiùs manere in ſuſpenſo. Verùm reſpondeo non tam validitatem, quàm acquiſitionem fideicommiſſi hoc caſu ſuſpendi, Cùm ab initio certum ſit omnimodo valere fideicommiſſum ſiue reſtituetur in ciuitatem dominus ſerui deportatus, ſiue nõ reſtituetur. Illud verò incertum ſolummodò ſit, An fideicommiſſum acquiretur fiſco an deportato, quia pendet illud ex futuro euentu reſtitutionis quam vel ſequi cõtinget vel non ſequi. Nam ſi deportatus reſtituetur, etiam fideicommiſſum ad eum pertinebit. Si verò non reſtituetur pertinebit ad fiſcum. Neque id ex noua cauſa, ſed in conſequentiam irrogatæ iam condemnationis, quæ ſicut deportato ciuitatem ademit, ita & ius habendi vnquam heredis ſiue ex teſtamento, ſiue ab inteſtato. Atqui alterutrum euenire neceſſe eſt vt deportatus vel in ciuitatem reſtituatur, vel non reſtituatur, cùm ſint iſta contradictoria inter quæ medium dari nullum poteſt. Ergo iam ab initio certum eſt omnimodo futurum, vt fideicommiſſum hoc vel fiſco, vel deportato acquiratur, Et conſequẽter nihil eſt quod impediat quominùs ab initio valeat, nec in ſuſpenſo eſſe dici poſſit, quemadmodum & in ſpecie *l. de hereditate* 19. *§. quid autẽ verſ. ſecundum quod D. de caſtr. pecul.* vbi etiã agitur de legato quod relictum ſit ſeruo eius qui in vnum caſum ſit incapax non in alium. Vt enim poſſet dici eſſe in ſuſpenſo, neceſſe eſſet dari caſum aliquem in quo futurum eſſet inutile fideicõmiſſum, vt neque huic, neq; illi acquireretur. Talis porrò caſus nullus eſt: Replicabis, Imò poſſe dari caſum, Puta ſi fortè hunc ſeruum deportatus alienauerit viuo teſtatore. Nam & hanc exceptionem ponit Vlpianus noſter iis verbis *niſi ſi eum deportatus viuo teſtatore alienauerit*. Nec dubitant noſtri poſt Accurſium quin eo caſu fideicommiſſi ſeruo relicti commodum ſequatur eum in quem alienatus & tranſlatus ſeruus fuerit. Reſpondebo alienatione facta viuo teſtatore non idcirco dari caſum quo inutiliter poſſit cedere dies huius fideicommiſſi. Nam è contrario cedet illo caſu tantò vtilius quantò certius eſt non in alterius vtilitatem cedere poſſe, quàm eius qui moriente teſtatore nouus ſerui dominus inuenietur. Ita vt neque ex futuro vllo euentu pendeat, cui alij acquiri poſſit. At nos eum caſum quærimus quo fideicommiſſi die cedente poſſit dici ſuſpenſa validitas huius fideicommiſſi, & is caſus eſt quem negamus nos reperiri poſſe. Quid ergo ſi deportatus ſeruum hunc alienauerit non viuo adhuc teſtatore ſed eo iam mortuo? Hic verò caſus eſt quem Vlpianus prætermiſit, & qui tamen minimè fuerat prætermittendus, cùm longè maiorem ſecum adferat dubitationem. Facit enim hæc alienatio ſi modò bona fide nec in fiſci fraudem interuenerit, vt ſpes illa quam in eum vſque diem habuerat fiſcus publicandi quandoque ſerui, iam tùm intercidat, cùm non alia bona moriente deportato poſſint ex cauſa præcedentis condemnationis applicari fiſco, quàm ea quæ moriens ipſe reliquerit, non quæ viuus alienauerit, Ea denique ſola quæ ad ipſius heredem ſiue teſtamentarium, ſiue legitimum peruentura eſſent ſi quem ille poſt deportationem habere poſſet. Itaque quamuis deportatus numquam in ciuitatem reſtitueretur, nihilo magis tamen fiſcus admitti poſſet ad ſeruum hunc vindicandum, nec

proinde

proinde ad fideicommissum quod huic seruo relictum fuisset, ac cuius dies cessisset eo tempore quo erat ille adhuc seruus deportati: Nec ideò tamen consequens fiet, vt possit fideicommissum pertinere ad nouum serui huius dominum, quippe qui dominus non fuerit eo tempore quo dies fideicommissi cessit. Sicut neque posset ad deportatum vnquam pertinere eo saltem casu quo restitutus is nunquam fuisset. An non igitur propter hunc casum fateri nos oportet, fideicommissi huius non tantùm acquisitionem, sed etiam validitatem manere in suspenso? Ita certè videtur, cùm cedente fideicommissi die, id est moriente testatore qui fideicommissum deportati seruo dedit, incertum sit an deportatus eum alienaturus sit, atque ita ius fisci interuersurus necne. Quod si ita esse admittemus, illud statim consequens fiet vt fideicommissum in suspenso manere necesse sit, ac proinde non valere, cùm iuris ratio eam suspensionem minimè patiatur. Et hæc sanè præcipua legis huius difficultas est quam tamen ex interpretibus nemo attingit. Auget apud me dubitationem, quod Vlpianus cùm non tantùm de fisco & de deportato loquatur, sed etiam de emptore, aut alio in quem seruus alienatus sit, videtur tamen ita loqui vt omni casu & in omnem euentum velit fideicommissum quod huic seruo adscriptum est, vel ad fiscum, vel ad deportatum ipsum pertinere: Cùm tamen dubitari vix possit, quin ad emptorem pertineat eo saltem casu quo seruus viuo testatore sit alienatus. Cur non enim potior eo casu esset causa emptoris qui cedente fideicommissi die nouus dominus & capax inueniretur, quàm fisci qui nõdum esset dominus, aut deportati qui amplius non esset capax? Denique cùm nihil possit acquiri fisco per deportatum ipsum, qui licèt ciuitatem amiserit, cùm tamen liber maneat, vtique seruus fisci non est, ideóque relictum deportato habetur pro non scripto tanquam relictum incapaci, & ad eos pertinet ad quos pertineret si deportato relictum non esset *l. 1. C. de hered. instit.* Quis ferat acquiri fisco aliquid per seruum deportati, antequàm seruus ille factus sit seruus fisci?

ERROR NONVS.

De sententia & vera ratione d. l. si deportati 7. de legat. 3.

TENTEMVS an dici possit duas ab Vlpiano in quæstione ista proponi distinctiones. Primam illam Vtrum hic seruus cui fideicommissum adscriptum est alienatus sit viuo adhuc testatore an eo iam mortuo, an nullo tempore, id est; nec viuo eo nec mortuo. Secundá verò, si seruus hic vel nunquam fuerit alienatus vel non nisi mortuo testatore, An deportatus fuerit restitutus necne. Primo casu, si viuo testatore seruus à deportato alienatus sit, dubitandum non est quin fideicommissum ad ipsum pertineat, cùm vt dixi reperiatur ipse dominus eo tempore quo dies cedit, quo demùm tempore inspicienda & æstimanda est capacitas serui ex persona domini. Et quauis Vlpianus noster non satis apertè hoc exprimat, exprimit tamen nec obscurè, hoc ipso quòd negat fideicommissum hoc casu ad fiscum pertinere, addita supradi-

cta exceptione illa, *Nisi si eum deportatus viuo testatore alienauerit.* Nam si ad fiscum non pertinet, ad quem alium quàm ad nouum dominum pertinebit? An fortè ad deportatum ipsum qui eum viuo testatore alienauit, & per quem factum est quò minùs reperiatur ipse dominus die fideicommissi cedente? Atqui potest ei imputari, tùm quoque cùm ante suam mortem restitutus est. Restitutum siquidem fuisse ponendum est vt aliquis pro eo dubitandi locus esse possit. Imputari autem ei potest cur alienauerit ante diem fideicommissi cedentem, atque ita fecerit ne eo tempore dominus esset, qui iam tùm incapax erat. Quod enim posteà restitutus sit, prodesse quidem ei potest aduersùs fiscum vt ab eo bona iuráque sua omnia recuperet si plenissima fuit restitutio: Sed aduersus eum cui ipse vltrò seruum vendidit, alióve quo contractu iuris gentium tradidit & alienauit, prodesse certè nullo modo potest. Nec pugnat quod Vlpianus subiicit in hæc verba; *Tunc enim ad ipsum debebit pertinere.* Nam referendus est hic versiculus ad posteriorem exceptionem immediatè præcedentem iis verbis expressam *vel fuerit restitutus.* Hoc sensu, vt si deportatus restitutus fuerit in ciuitatem, fideicommissum seruo eius adscriptũ pertinere ad ipsum debeat, eo demum casu quo alioqui pertineret ad fiscum si restitutio nulla subsecuta esset. Quemadmodũ enim non potest fiscus post deportationè ciuis Romani plus iuris habere ex causa illius deportationis, & ex persona deportati, quàm habiturus fuisset ciuis ille Romanus si deportatus nõ fuisset. Ita neque plus iuris habere potest post restitutionẽ is qui fuit deportatus, quàm habiturus fuerat fiscus si deportatus restitutus non fuisset. Atqui non posset hodie fiscus hoc fideicommissum de quo tractamus petere, si deportatus eum viuo testatore alienasset, quãuis restitutio nulla esset secuta, vt apertè Vlpian. scribit. Ergo neque ad deportatum restitutum hoc casu pertinere poterit, Tantóque minùs quòd fisco nihil imputari potest qui alienationem prohibere non potuit si modò non fieret in eius fraudem. Deportato verò potest imputari cur alienauerit, cùm posset imperare sibi ne alienaret. Cùm igitur ex Vlpiani verbis constet fideicommissum adscriptum deportati seruo quẽ deportatus viuo testatore alienauerit, neque ad fiscum pertinere quãuis deportatus posteà restitutus sit, neque ad deportatum quamuis fuerit restitutus, hoc vnum necessariò relinquitur quod dicamus licèt Vlpianus non expresserit Vt pertineat ad nouum dominum quem sufficit & dominum & capacem fuisse eo tempore quo fideicommissi dies cessit. Et hic quidem primus casus est prioris distinctionis quæ ex Vlpiani sensu & verbis in hac quæstione omnino adhibẽda est. Aliis verò duobus casibus eiusdem distinctionis prioris, hoc est siue seruus hic nunquam fuerit alienatus, siue alienatus quidem sit à deportato, sed non nisi post mortem demùm testatoris (nihil enim inter hos casus distare arbitror) subdistinctio illa necessaria est, An deportatus tandem restitutus fuerit, necne. Si non sit restitutus dicendum erit ad fiscum pertinere, si non restitutus sit, ad deportatum ipsum pertinebit: Atque ita potestas legis nunquam erit in suspenso quantum ad validitatem legati cùm eo demùm instanti quo dies legati vel fideicommissi cedit vim suam & potestatem lex totam exerat. Nihil autem sit quod obstet quominus statim ab initio & ex illo instanti dicamus valere fideicommissum quod nullo casu inutile fieri possit quin vel fisco, vel deportato acquiratur, adeóque ex die mortis acquisitum intelligatur, licèt vtri potiùs, incertum sit nec

sciri

ſciri certò poſſit quandiu in dubio & incerto poſitus eſt euẽtus reſtitutionis? Et quidẽ ſecuta quãdocunque reſtitutione mirum videri minùs debet fideicommiſſum ei acquiri, quamuis non fuerit capax die cedente, quia ſufficere debet quod iam tùm fuerit dominus, redditáque ei capacitas per reſtitutionem, quam deportationis pœna abſtulerat. Nec quod medio tempore ſeruus ab eo alienatus ſit, nocere poteſt, non magis quàm ſi iam eo tempore, quo dies fideicommiſſi ceſſit fuiſſet ille reſtitutus, & ſic ſeruum alienaſſet. Non enim alienando ſeruum per quem acquiſiuiſſet ſibi commodum fideicommiſſi, ipſum quoque commodum per ſerui perſonam quæſitum transferret in emptorem aut à ſe abdicaret. Adeò nihil commune habet ſerui alienatio cum acquiſitione facta ante alienationem. Ac tametſi per reſtitutionem conceſsam deportato ex indulgentia Principis ſera videatur capacitas ſuperueniens eo tempore quo iam dominij cauſa mutata reperitur, tamen non ita eſt: quia capacitas illa cùm ſit iuris, & ſuperueniat beneficio reſtitutionis cuius natura illa eſt vt omnia in ſtatum priſtinum reponat *d. l. 1. C. de ſent. paſſ.* facilè retrotrahatur ad id tẽpus quo dies ceſſit vt eo inſtanti deportatus ſicuti dominus fuit, ita & capax fuiſſe retrofingatur. Quibus duobus concurrentibus neque ius fiſci ex ſententia deportationis anterioris quæſitum, neque ſubſecuta ſerui alienatio medio tempore inter mortem teſtatoris, & deportati reſtitutionem, nec denique aliud quicquam impedire poteſt ne fideicommiſſum quod deportati ſeruo adſcriptũ fuerat deportato ipſi eidémque reſtituto acquiratur. At difficilius illud videtur, quod nos tamen volumus, vt non reſtituto eo qui fuerat deportatus idem in fiſco tractetur, quippe quem certum ſit nec die fideicommiſſi cedente, nec vllo ante alienationem inſtanti dominum fuiſſe huius ſerui, nec vnquam futurum eſſe poſtquàm fuerit ſeruus alienatus, Niſi proponas ex noua fortaſſis aliqua cauſa rediiſſe ſeruum hunc in deportati poteſtatem, quo tamen caſu ſi aliud nihil inſpiceremus pro alio ſeruo habendus is eſset potiùs quàm pro eo ipſo cui fideicommiſsum adſcriptum fuiſset. Vt verò in fiſco difficilior hic tractatus videri debeat ex eo fit, quòd licèt fiſco non deſit capacitas quæ deeſt deportato, Deeſt tamen ei dominium, quod deportato non deeſt, & quod tamen ſupponi & præcedere neceſse eſt vt fiat locus quæſtioni de capacitate. Non enim ſerui quibus aliquid relinquitur fiunt capaces ex cuiuſcunque capacis perſona, ſed ex eorum tantùm in quorum dominio ſint & poteſtate *dict. l. non minus 31. D. de heredib. inſtituen.* Proinde cui dominium ſerui abeſt, ei quantumcunque ex ſe capax ſit, neceſse tamen eſt vt abſit capacitas acquirendi per ſeruum illum, At è cõuerſo non quicunque incapax eſt, ideò minùs dominus eſt. Et ob eam cauſam æquum eſt vt ſit fauorabilior is cui ex duobus neceſsariis vnum tantùm deeſt, quàm is cui ambo deſunt. Deportato capacitas tantùm deeſt, fiſco autem vtrumque, quia dominium deeſt ſine quo nulla poteſt hac parte eſse capacitas. Difficilius ergo eſt vt fideicommiſsum huic ſeruo adſcriptum pertineat ad fiſcum, alienato poſt mortẽ teſtatoris per deportatum ſeruo, etiamſi deportatus reſtitutus non ſit, quàm vt pertineat ad deportatum reſtitutum. Addidi *alienatio poſt teſtatoris mortem ſeruo*, quia cùm ſeruus alienatus non eſt, minorem res habet dubitationem, éſtque multò apertius ius fiſci, quia licèt non niſi mortuo demùm deportato fiat dominus ſerui huius, ſicut & cæterarum rerum omnium quas moriens deportatus in bona reliquit, ſit ta-

Digitized by Google

men dominus ex cauſa præcedenti, hoc eſt, ex cauſa irrogatæ deportationis à qua ordinem habuit poſterior hęc acquiſitio. Non enim noua ſententia opus eſt, vt bona huius deportati omnia quę poſt deportationē acquiſijt rurſus publicentur, ſed ſufficit prior ſententia vt ea bona fiſcus vindicet, non modò tanquam vacantia vtpote nullo herede exiſtente, quomodo ſi quis in ciuitate decederet ſine vllo ſucceſſore *l. habere licere* 57. *D. de euict.* ſed quod maximè notandum eſt, etiam iure quodam proprio & tanquam bona deportati, & tanquam publicata *l. 2. C. de bo. proſcript. l. ſi mandauero* 22. *§. is cuius D. mandat.* Vnde eſt quòd ſi ea velit interim alienare vel pignori dare in fraudem fiſci non poteſt *dict. l. deportatus* 15. *De interd. & releg.* Cùm tamen, ſi quid ex bonis ſuis alienauerit is, cuius reliqua bona poſteà tanquam vacantia fiſcus vindicauit, nullo exiſtente ſucceſſore, nūquā illa quęſtio poſſit incidere. An in fraudem fiſci alienationes factę fuerint necne. Omnimodo enim valent & ratæ ſunt, nec quicquam iuris habet fiſcus, niſi in bonis quæ ſuperſunt & quidem deducto ære alieno *l. 1. §. an bona l. non poßunt* 10. *D. de iur. fiſc.* Nimirum quia præcedunt cauſam quæ poſteà inuitauit fiſcum, Non etiam alienationes illæ quæ à deportato factæ ſunt, bonorum, poſt deportationem licèt, acquiſitorum. Sed cùm alienatus eſt ſeruus cui poſt deportationem teſtator fideicommiſſum adſcripſerat, & quidem mortuo iam teſtatore, durius eſt vt ad fiſcum pertineat fideicommiſſum ex perſona illius ſerui qui neque die legati cedente, neque poſtea vnquam fuerit in dominio, & poteſtate fiſci. Et tamen ita eſt ſi deportatus qui die cedente dominus fuit nunquam ſit reſtitutus, Quemadmodum ſi is reſtitutus eſſet, alienatio quæ interueniſſet, non impediret quominùs acquireret ſibi fideicommiſſum per ſeruum quaſi præcedente alienationem acquiſitione. Et ratio eſt, quoniā licèt acquiſitio iſta fideicommiſſi, neque in deportati neque in fiſci commodum fiat niſi eo demùm tempore quo deportatus vel reſtituatur, vel nō riatur, propterea quòd quandiu nec reſtitutus, nec mortuus eſt, neſciri poteſt vtri futurum ſit vt commodum illud fideicommiſſi acquiratur fiſcone an deportato. Attamen vtroque caſu retrotrahitur acquiſitio ad tempus illud quo dies fideicommiſſi ceſſit, Nec interueniens alienatio quæ tota facti eſt impedire poteſt iuris poteſtatem ex qua ſola acquiſitio æſtimatur, adeò vt per ſeruum cui legatum vel fideicommiſſum adſcriptum eſt acquiratur ipſo iure domino etiam ignoranti, quamuis non inuito cùm repudiare poſſit legatum vel fideicommiſſum ſi velit *l. legatum* 7. *de legatis* 1. *l. Titia* 34. *§. Lucia de legat.* 2. Itaque quamuis non niſi ex poſtfacto, id eſt poſt reſtitutionem vel mortem deportati appareat quid antea fuerit, vt in aliis pleriſque partibus iuris *l. qui res* 98. *§. rem autem caſtrenſis peculij. D. de ſolut. lege Sed etſi quid* 25. *§. 1. D. de vſufruct. l. hunc ſcripturæ* 15. *§. 1. D. ad legem Aquiliam.* & accommodatiùs ad rem noſtram *in l. de hereditate* 19. *§. quid autem verſicul. niſi in pendenti D. de captiu. & poſtlim.* Cùm tamen id quale ſit tandem apparet, tale quoque iam ab initio fuiſſe intelligitur, Non propter ſpem quam vel deportatus, iam tùm habuerit obtinendæ reſtitutionis, vel in contrarium fiſcus augendæ per deportati mortem publicationis, Sed propter iuris poteſtatem quæ facit, vt ea omnia quorum acquiſitio fieri poteſt ipſo iure iam inde ab eo tempore acquiſita eſſe videantur quo dies ceſſit, ſiue in fiſci vtilitatē ſi deportatus non fuerit reſtitutus, acſi inter deporta-

portationem & mortem deportati medium tempus nullum interceſſiſſet. Siue in commodum deportati tandem reſtituti acſi deportatus is nunquam fuiſſet. Denique tam potens eſt ius fiſci ad acquirendum hoc fideicommiſſum per ſeruum quamuis medio tempore alienatum à deportato numquam reſtituto, quàm potens eſt ius deportati reſtituti ad petendum fideicommiſſum huic ſeruoadſcriptum, tametſi eum interim & ante reſtitutionem alienauerit. Atque hæc quidem mihi videtur loci huius non ſolùm ſententia quàm aſſequi minùs fortaſſis difficile eſt, ſed etiam ratio quam ſanè fatendum eſt eſſe perobſcuram, nec à quoquam ex interpretibus noſtris adhuc benè explicatam: Nos verò an aſſecuti eam ſimus, quod nobis quidem videmur, doctiores viderint.

ERROR DECIMVS.

De militaribus codicillis. Ad l. militis 36. in princip. D. de teſtam. milit.

INTER tam multa priuilegia quæ ab Imperatoribus conceſſa ſunt militibus circa vltimas voluntates teſtamentarias, de quibus iam non pauca ſcripſimus in Decadibus præcedentibus, poſtremum ferè illud eſt nec tamen aut leuioris momenti aut minoris dubitationis, quod permiſſum iis eſt etiam codicillis ad teſtamentum factis, hoc eſt teſtamento militari confirmatis hereditatem directò dare *l. militis codicillis 36. in princip. D. de teſtam. milit.* Iure prorſus ſanè ſingulari & priuilegiario, cùm ex ratione iuris communis certiſſimum ſit hereditatem codicillis, neque dari poſſe, neque adimi, ob idque nec conditionem inſtitutioni poſſe adiici in codicillis ſi in teſtamento data fuerat hereditas purè *l. quid in 26. §. 1. D. de condit. inſtit.* Et hereditatem quæ in teſtamento inutiliter data ſit non poſſe codicillis quaſi hereditatem confirmari, ſed ita tantùm vt ex fideicommiſſo petatur habita ratione legis falcidiæ *l. 2. §. vlt. D. de iur. codicill.* Huius verò priuilegij ſicut effectus eſt certè quàm maximus, ita ratio longè obſcurior quàm cæterorum. Cætera enim priuilegia rationem illam vnicam & generalem habent, quod ità placuerit Imperatoribus vt eo veluti præmio & remuneratione militer qui anteactis laboribus benè meriti de republica fuiſſent, & tyrones, ciuesq; omnes ad grauiſſima quæque pericula pro ſalute reipublicæ obeunda inuitarent *l. 1. & 2. l. Diuus Traianus 24. l. teſtamenta 26. D. de teſtam. milit. l. impuberi 40. D. de admin. & perit. tutor.* Neupe cùm non ſemper copia ſuppetat teſtium neque adhibendarum cæterarum ſollennitatum quæ in paganorum teſtamentis omnimodò requiruntur *l. conficiuntur 8. §. 1. D. de iur. codicill.* & apud Iuſtin. *in Tit. De milit. teſtam.* At priuilegium hoc militibus datum vt poſſint in codicillis teſtamentariis hereditatem directò dare, neque neceſſitatem, neque vtilitatem aliquam, nec proinde rationem vllam habere videtur. Cùm enim militum teſtamenta in eo potiſſimùm differant à teſtamentis paganorum quòd nullam penitus ſollennitatem & obſeruationem deſiderant, adeóque minorem quàm codicilli, qui eo ſaltem iure quo nunc vtimur non carent

sollennitate aliqua cùm quinque testes desiderent post *legem vltimam, C. fine Coditis de codicillis.* Quænam obsecro potest necessitas subesse ve vtilitas huius priuilegij, vt liceat militi etiam in codicillis directam hereditatem dare, si tam facilè est militi testamentum facere quàm codicillos? Sed &, cùm verum illud sit, quod secundùm nostram e mendationem Paulus scribit *in lege eius militis* 34. *in fine, De testament. mi lit.* voluntatem quamque militis testamentum esse, quî fieri potest v miles faciat codicillos, qui non potiùs testamenti & nomine & iure cen seantur? An fortè possunt esse codicilli sine voluntate? Denique si ver est ratio quam Iustinianus noster attulit *in §. codicillis. Inst. de codicil* ob quam codicillis hereditas neque dari, neque adimi possit, ne confun dantur, inquit, iura testamentorum & codicillorum, Adde, nomina *ex lege si idem 7. Cod. eodem.* An non æquè absurdum & fœdu est, quomodo loquitur *lex vltima C. de legitim. tutel.* eam nominum rerum confusionem in milite fieri atque in pagano? Imò longè fo dior & absurdior in milite videri debet. Nam in pagano quidem tiamsi ius ita ferret vt codicillis, perinde ac testamento hereditas dir ctò dari posset, non tamen vsque adeò confunderentur iura testamen torum & codicillorum, vt non facilè posset dignosci an testamentum factum esset an codicilli, Nimirum ex adhibitis vel non adhibitis solle nitatibus, quæ in quolibet pagani testamento maximæ, in codicil verò vel nullæ prorsus, vel saltem longè minores requirerentur. At distinctio in militaribus siue testamentis, siue codicillis non similiter h beri aliqua potest, cùm non maiorem sollennitatem testamenta mi tum exigant quàm militares codicilli. Verùm obiectionibus istis omn bus commodè, ni fallor, satisfecerimus, si dixerimus, Voluntatem q dem militis quamlibet esse testamentum, sed ita demum si miles tes mentum esse velit, non etiam si malit esse codicillos. Nam præter quod generale in quolibet hominum genere, ac ferè perpetuum e vt actus numquam operentur vltra intentionem agentium *vulg. lege omnis* 19. *D. de rebus credit. lege iuris gentium septima §. quod si ità D. pact.* absurdum sanè esset priuilegia militum quæ ad supremas co voluntates adiuuandas concessa sint, eò vsque produci vt contra ip tum voluntatem pro testamento haberent scripturam, quam miles n nisi codicillos esse voluisset. Id enim destruere voluntatem esset ac i pedire, non adiuuare, In summa facere vt cui liceret quod plus el non liceret tamen quod esset minus contra vulgatam iuris regulam, que careret minoribus qui frueretur maioribus, quod per se non t nùs certè absurdum foret quàm è contrario vt maioribus frueretur careret minoribus, vt Papinianus ait *in lege cui pacto* 5. *De fideic. ex* Neque verò sine effectu hanc militarium testamentorum & codic rum distinctionem esse existimandum est: cùm possit plerumque m esse militis vt codicillos testamentarios potiùs quàm testamentum se se existimetur, vel ob id saltem ne quæstio tam facilè possit incid quæ factis à milite pluribus testamentis plerumque incidit, An vtr que testamentum voluerit miles valere, an priori per posterius de gare: quod nos in præcedentibus fusè tractauimus. Nemo enim quam dixit, Per codicillos quos miles ad testamentum fecerit reuo

Digitized by Google

tum videri testamentum, quod nec in pagano reuocatum censeretur, quia nec posset, Cùm in contrarium codicilli ad testamentum facti à testamento ipso vires accipiant, ipsiúsque ius & condicionem sequantur *lege quod per manus* 10. *lege ab intestato* 16. *in fine D. de iure codicillorum.* Nec minùs in milite quàm in pagano hoc locum habet, vt per codicillos testamentarios nunquam testamentum reuocetur, nisi fortè quantum ad legata vel fideicommissa, quæ licèt in testamento data nemo dubitat codicillis reuocari & adimi posse, *lege constitutur* 8. *§. vltimo. D. de iure codicillorum. lege tertia Cod. eodem* Neque enim priuilegium militis in eo vllum est vt possit etiamsi maxime velit reuocare testamentum siue militare, siue communi iure factum per codicillos quantumlibet posteriores, cùm in eam rem paratum habeat auxilium faciendi testamenti ad priorem voluntatem reuocandam, possitque ei tantò magis imputari quàm pagano cur cùm fecit codicillos, testamentum potius non fecerit, aut cur non codicillos à se factos in testamentum conuerterit vt *in lege quærebatur* 19. *D. de testament. mil.* quod tam facile, támque commodè facere si voluisset, potuisset: paganus non item. Hoc autem admisso vt non minùs liceat militi quàm pagano facere codicillos testamentarios, non tam mirum videtur illud esse quod eiusmodi codicillis hereditatem perinde ac testamento dare miles directò possit, quàm difficile dictu. Cur non idipsum pagano quoque permittatur, Cùm non tam ex priuilegio aliquo, quàm ex mera iuris ratione ac regula id fieri videatur. Siquidem tritum est, sæpiúsque à nobis inculcatum, Codicillorum testamentariorum singulare ius esse vt quæcunque in iis scripta sunt perinde haberi debeant acsi in testamento ipso scripta essent, *lege. secunda §. codicillorum D. de iure codicillorum.* Atqui nemo dubitat, quin hereditas testamento dari possit cùm in eam potissimùm causam testamentorum vsus comparatus sit, *lege hereditas* 5. *C. de pact. conuent. lege licèt* 19. *Cod. de pact.* Quidni ergo per codicillos quoque testamentarios dari poterit, vt eo casu in testamento ipso data esse credatur? sicut & in specie *legis asse toto* 77. *D. de hered. bus instit. lege si ita scripsero* 38. *De condic. & demonstrat.* Nec enim est quod quis cum Iustiniano respondeat ita constitutum esse ne testamentorum & codicillorum iura confunderentur: Quandoquidem ex militarium codicillorum exemplo constat, non ob id magis fieri hanc confusionem quòd hereditas codicillis detur. Alioqui dicendum erit factis à milite in hunc modum codicillis vt hereditatem in iis directò dederit, necessariò inducendam hanc confusionem, Vt neseiri planè possit vtra voluntas testamenti, vtra codicillorum iure censeri debeat, Quod tamen non ita esse iam ostendimus. Alia igitur ratio quærenda est quàm quæ à Triboniano allata supradicto loco fuit, sed non alia melior quàm quæ à Papiniano nostro *in dicta lege quod per manus.* Vbi eleganter ait, Quod per manus traditum est, Codicillis hereditatem dari non posse, rationem illam habere, Ne per codicillos qui ex testamento valerent, testamentum quod vires per institutionem heredum acciperet, confirmari videretur. Implicaret enim ea res manifestam contradictionem vt testamentum confirmaretur per codicillos, & codicillos confirmaret,

viciſſimque vt codicilli ex teſtamento valerent, teſtamentum autem vires acciperet ex heredum inſtitutione quæ in codicillis facta eſſet. Quid? inquies, An non eadem ratio in militari quoque teſtamento & in militaribus codicillis locum habet? An non teſtamenta etiam militaria pendent ex heredum inſtitutione? An non militares quoque codicilli teſtamentarij pendent ex teſtamento? Quidni ergo ius idem in militum, quod in paganorum codicillis obſeruabitur? Aut quodnam priuilegium militis tale tantúmque eſſe poteſt cuius ratione debeamus id admittere quod implicat contradictionem? Ego verò reſpondeo teſtamenta quidem militum pendere ex inſtitutione heredis vt etiam paganorum, at non ideò pendêre codicillos militares ex teſtamento militari quamuis ſint teſtamentarij, ſed omnia quæ miles in ijs diſpoſuerit non aliunde quàm ab ipſius voluntate vires accipere, Poſtquàm placuit Imperatoribus hanc vnam eſſe vltimarum voluntatum militarium legem vt à legibus omnibus ſint ſolutæ. Quomodo enim poſſent codicilli militares etiam teſtamentarij pendêre ex teſtamento cùm fieri non poſſit vt non valeant, ſicut nec vt non valeat teſtamentum dummodò aliquis in eo heres ſcriptus ſit? Et tamen dicuntur teſtamentarij, at non quia pendeant ex teſtamento, vt codicilli teſtamentarij paganorum; ſed quia non poſſunt eſſe ſine teſtamento. Hoc tamen ſemper exigo vt teſtamentum facere miles voluerit, déque eo conſtet ad hoc vt teſtamentum à milite factum dici poſſit, tùm verò maximè cùm talis voluntas eſt quæ alioqui in dubio codicillorum potiùs quàm teſtamenti iure cenſenda eſſet. Sícque accipio quod ſuprà ex Paulo dixi quamlibet voluntatem militis teſtamentum eſſe, Scilicet quam ille teſtamentum eſſe voluerit, non etiam ſi animo id egerit vt faceret codicillos aut quid aliud quod teſtamentum non eſſet, Ne aliter poſito iure dicendum eſſet, non eſſe militi liberum non teſtari, ſi modò aliquid moriens vellet, cùm è contrariò non aliam ob cauſam tot ei priuilegia data ſint circa vltimas voluntates quàm vt tantò pleniorem & liberiorem haberet non modò teſtandi ſed etiam quoquo alio modo de bonis ſuis pro arbitrio diſponendi facultatem dum ne teſtamentum faciat ſine heredis inſtitutione. Nam quod idem Paulus ait *in l. vlt. eod. tit. De iur. codicill.* non poſſe intelligi tabulas teſtamenti eas in quibus heres ſcriptus non ſit, in milite non minùs verum eſſe quàm in pagano: Alioqui ſanè confunderentur iura teſtamentorum & codicillorum, ſi quemadmodum poteſt miles hereditatem in codicillis directò dare, Ita & poſſet teſtamentum facere ſine heredis inſtitutione. Cæterùm ſi poneres militem nullo facto teſtamento voluiſſe codicillos tantùm facere, ac in iis hereditatem directò dediſſe, Non putarem valituràm eam voluntatem, neque iure teſtamenti quoniàm miles non teſtamentum ſed codicillos tantùm facere voluiſſet, neque rurſus iure codicillorum; quamuis voluiſſet miles ita eſſe, quia non in aliis codicillis hereditatem directò dare militi ex priuilegio conceditur, quàm in iis qui ad teſtamentum aliquod facti ſint vt Paulus loquitur *in d. l. militis*, Non poteſt autem miles velle codicillos habere teſtamentarios ſi nullum fecerit teſtamentum, cùm ea res manifeſtiſſimam implicet contradictionem, vt teſtamentum nullum ſit, & tamen codicilli aliqui ſint teſtamentarij: Cur verò non æquè datum eſt priuilegium militi vt poſſit directò hereditatem dare in codicillis etiam ab inteſtato factis, ſi vtrúque is velle ſe dixerit & inteſtatum mori, & nihilominùs directam hereditatem in codicillis dare. Reſpondeo, quoniam æquè hoc implicat contradictionem,

nem vt miles qui heredem aliquem scripsit intestatus decesserit. Quid enim aliud est Testatum mori, quàm heredem scribere? Ita, inquies si in testamẽto heres scriptus sit & ab eo qui animum habuerit testamenti faciendi, non codicillos duntaxat scribendi. Sed hoc ipsum est quod dico, Implicare contradictionem vt quis heredem aliquem scribat, nec tamen velit facere testamentum, vt moriatur intestatus. Hoc enim adiiciendum est vt excludam eũ casum quo heres aliquis scriptus sit à milite in codicillis testamentariis, qui tamen non sint testamentum; vt *in d. l. milites*. Nihil enim repugnat quominùs vtrumque verum sit, Et datam esse hereditatem in codicillis testamentariis, Et codicillos illos in quibus heres directò scriptus sit, non testamentum esse sed codicillos: nimirum quia codicilli testamẽtarij licèt non sint testamentum totáque specie differant à testamento, Attamen testamenti pars quædam esse intelliguntur *l. penult. D. testam. quemadm. aper. l. ab intestato* 16. *l. Plotiana* 18. *D. de iur. codicill.* Sed repugnat euidentissimè & implicat, vt heres aliquis scribatur in codicillis ab intestato factis, non minùs quàm vt miles decedat testatus in totum simul, & in totum intestatus. Fateor posse illum decedere testatum & intestatum, sed ita si pro parte testatus sit & pro parte intestatus, Pro parte inquam siue temporis siue bonorum *l. si miles* 6. *l. miles ita* 41. *D. de test. milit.* Sed vt in totum testatus, & in totum intestatus decedat, etiamsi maximè velit fieri certè nullomodo potest. Ergo nec vt hereditatem directam det in codicillis si nullum testamentum fecerit, siue codicillos illos valere tanquam testamentarios velit siue tanquam ab intestato factos. Priore siquidem casu fieri nequit vt valeant quasi testamentarij nullo penitus facto testamento: Posteriore verò codicilli quidem ab intestato fieri possunt etiam à pagano qui nullum testamentum fecit, sed non tales in quibus hereditas directò detur, ne quidem à milite. Non quasi testamentum faciat miles quoque sicut paganus, quoties alicui hereditatem dat directam, Alioqui testamentum dicendum esset non codicilli ij in quibus post testamentum factum hereditatem directò miles dedisset. Sed quia non potest decedere intestatus, qui heredem aliquem directò instituit, Cùm facere testamentum nihil aliud sit quàm heredem aliquem directò scribere. Erit ergo hæc militis voluntas inutilis tanquam pugnantia & contradictoria continens *Ex reg. l. vbi pugnantia* 188. *de regul. iur.* Nisi quis malit dicere quod certè probabilius est adiuuandam tam benigna interpretatione vt valeat eo modo quo valere potest, id est tanquam testamentum, quasi per solam imperitiam militis factum sit vt expresserit velle se codicillos illos valere iure codicillorum siue ex testamento siue ab intestato factorum. Constat enim cæteras inter causas quæ tot militum hac in re priuilegia extorserunt, vnam illam fuisse, quod visum est eorum simplicitati & imperitiæ succurrendum esse *l. 1. D. de testam. milit. l. 3. C. eod. l. impuberi* 40. *D. de admin. tutor.* & apud Iustin. *antiq. tit. De testam. milit.* quandoquidem magis arma quàm leges scire milites existimantur *l. milites* 31. *C. de locat. l. 1. C. de iur. & fact. ignor.* Et inspecto eo quod præcipuè miles egit, dubitandum non est, quin id animo agitauerit vt heredem haberet illum quem scribebat, & quidem ex testamento potiùs quàm vt codicillos siue testamentarios, siue ab intestato faceret, nec heredem illum haberet. Hoc enim posterius ad corticem duntaxat & figuram verborum pertinet, Prius verò ad rei effectum negotiique substantiam. Nam & plerunque sic euenit per errorem & imperitiam notariorum, vt quasi ex testatoris mente codicil-

lorum nomine donent eam voluntatem, quæ tamen non nisi iure testamenti valere possit: Quo casu nemo dubitat quin testamentum sit, & eo iure defendatur, siue per notarij, siue per testatoris ipsius imperitiam codicilli dicti sint *l. nō codicillum* 13. vbi nostri notāt *C. de testam. d. l. illud* 13. *§. tractari D. de iure codicill.* Cuius rei elegans exemplum extat in ea specie quam retulimus *Defin.* 1. *Cod. nostro De testam.* Cùm tamen militibus omnibus liceat non tantùm militari sed etiam communi iure testari, quia scilicet priuilegium numquam adimit beneficium iuris communis, non absurda dubitatio est, An quod Paulus ait *in d. l. militis.* Posse militem in codicillis ad testamentum factis hereditatem directò dare, verum sit vtroque casu, id est siue militari, siue communi iure testatus proponatur. Dubitationem illud mouet quòd quoties fiunt codicilli testamentarij, necesse sit eos sequi ius testamenti à quo dependent *d. l. ab intestato in fin.* Vt proinde non videantur posse valere iure militari si testamentum factum sit iure communi. Cui consequens fiet, vt in his codicillis, quos vel iure communi, vel nullo modo valere necesse sit non videatur posse directò dari hereditas, cùm sit illud ex priuilegio militari. Mihi tamen melius cogitanti, contraria sententia longè probabilior videtur. Ratione illa quam adfert Vlpianus *in l. 3 De testam. milit.* quòd miles qui testatur iure communi, non ideò statim credendus sit velle renunciare priuilegio militari, Vnde fit vt si qua ratione testamentum à milite iure communi factum eo iure valere non possit, perinde tamen iure militari defendatur acsi ea mente factum esset, vt illo iure valeret *d. l. 3.* Quidni ergo etiam codicilli ad testamentum hoc ita facti, vt non nisi iure militari valere possint, quòd in iis data sit directò hereditas, valebunt eo iure, acsi testamentum quoque iure militari factum esset? Præsertim cùm illud etiam verissimum sit quod nos suprà monuimus, codicillos militis, licèt testamentarios, non tam à testamento pendere, quàm à nuda militis voluntate. Sufficit enim quòd facti sint à milite qui suo iure sic eos facere potuit, quique licèt iure communi testatus sit potuit tamen codicillos scribere iure militari: adeò ut qui etiamsi apertè professus esset se codicillos facere iure communi, non idcirco tamen priuilegio iuore nunciasse videretur quominùs valere deberent iure saltem militari, qui iure communi valere non possent. Idque satis apertè Paulus significat *in d. l. militis*, vbi ad hoc vt in codicillis hereditas directò dari possit, nihil aliud exigit nisi vt & à milite & ad testamentum facti sint, non etiam vt iure militari, quamuis certum sit militari tantùm iure posse illos valere. Ex eo autem quod ait huiusmodi codicillis hereditatem directò dari posse, Bene infert si miles dimidiam partem hereditatis alicui his codicillis dederit, testamento scriptum ex asse heredem, non nisi partem dimidiam hereditatis habiturum. Legata verò data eo testamento vtrumque heredem communiter debiturum. Quibus verbis ostendit Paulus, posse quidem ex priuilegio militari hereditatem directam etiam in codicillis dari, sed non totam, quia necessarium est vt in testamento aliquis heres scriptus sit, Ne alioqui nullum videatur factum testamentum à quo testamentarij codicilli dici possint. Absurdum enim esset ita militem fecisse & testamentum & codicillos, vt testamenti iure censeretur ea scriptura in qua heredem nullum, Codicillorum verò illa in qua heredem aliquem scripsisset. Non tamen perpetuum esse credendum est, vt in codicillis militaribus heres scriptus partem dimidiam hereditatis obtinere debeat. Quid enim si miles heredem in testamento

Sempro-

Sempronium scripsisset duntaxat ex besse; tanquam pro triente reliquo intestatus moriturus? Si posteà in codicillis ad testamentum illud factis Mæuium heredem simpliciter scripserit, non dimidiam hereditatis partem habebit Mæuius, sed trientem illum solum qui vacabat, quemadmodum & in vltima cuiuslibet pagani voluntate contingeret *d.l. esse toto 77. D. de hered. inst.* Omnibus enim testatoribus siue militibus, siue paganis commune illud est, vt si plures vltimæ voluntatis species fecerint quæ omnes possint subsistere, omnes pariter sint defendendæ, nec alia aliam vel perimat, vel imminuat, nisi quantū ratio necessitatis cogit nos aliud dicere, vnde est quod placet nō aliud habere illum debere qui secundo loco sine parte scriptus est, quàm quod explendo assi deest *l. item quod Sabinus 17. in princip. cod.* Cur non verò dicimus Sempronium cui miles in testamento hereditatem dederat, saltem bessem totius hereditatis habere debere, cùm in codicillis dimidia tantùm pars Mæuio data proponatur, vt scilicet ea seruetur proportio quam videtur testator seruari voluisse, qui Sempronio dimidia parte plus dedit ex hereditate quàm Mæuio. An, quòd testamenta militaria non facilè hanc iuris interpretationem admittant vt testator qui asse expleto alium heredem scribit ad dupondium transiisse existimetur? Imò admittunt vt probauimus in superioribus Decad bus. Ideóque non dubito quin æquè Mæuius dimidiam hereditatis partem habiturus esset etiamsi non pro parte dimidia in codicillis, sed simpliciter heres scriptus fuisset, quia tantundem videretur ei datum, quantum Sempronio. Neque hoc dubitationem magnam haberet, sed difficilius illud est, cur tantundem habeat Mæuius quantum Sempronius, cùm Sempronius in testamento heres scriptus est ex toto asse, Mæuius verò in codicillis ex semisse. Nam in pagani testamento in quo esset institutus heres vnus ex asse, alius verò ex semisse, non idem responderetur, Sed in duodeuiginti vncias tota hereditas diuideretur, ex quibus duodecim vncias prior, alius octo ferret *l. interdum 13. §. penult. & l. Julianus 15. §. 1. eod. tit. D. de hered. inst.* Ratio petenda ex eo est quòd cùm militis voluntas nuda & simplex colligi potest ex verbis quibus ille vsus est, nullus relinquitur locus interpretationi. Nudam enim & simplicem militis voluntatem intuemur, non vt pagani iustam. Quid autem simplicius & apertius, quàm fuisse illam militis voluntatem vt heres ab eo in codicillis scriptus dimidiam haberet partem hereditatis, cùm ei dimidiam partem diserte dederit? Necessariò igitur consequens est vt noluerit penès heredem scriptum in testamento quicquam aliud prætet aliam dimidiam remanere. Id enim est quod *in §. 1.* eiusdem legis Paulus ait tantum videri militem priori heredi abstulisse, quantum in posteriorem contulit. Etsi enim tractat eo loco de prioribus & posterioribus tabulis, id est de milite qui ex militari priuilegio plura fecerat testamenta; Parum tamen hac parte refert an plures heredes in pluribus testamentis miles scripserit, An verò vnum in testamento, alium verò in codicillis iure militari factis; licèt codicilli isti nòn ideò sint testamentum. Eadémque ratio facit vt dimidiam quoque legatorum partem debeat Mæuius cui pars dimidia hereditatis in codicillis data est, tametsi legata data sint in testamento in quo Sempronius solus fuerat institutus, & de quo solo proinde onerando testator senserat. Quamquam enim nihil à Mæuio legatum fuit, cùm tamen in eum posteà contulerit, testator dimidiam hereditatis

partem quam Sempronio abstulit, negari non potest quin eam contulerit cum suo onere, partis scilicet dimidiæ legatorum, multóque magis æris alieni. In quo minor idcirco est dubitandi ratio, quòd non quemadmodum legatorum, ita & æris alieni totum onus à testatore impositum Sempronio fuerat. Itaque supererat diuidendum inter coheredes ex potestate legis duodecim tabularum, per quam tamen non diuiduntur legata quæ ad vnius ex heredibus nominatim onus pertinere testator voluit. Tam verò coheredes sunt isti quorum vnus in testamento, alius in codicillis scriptus est, quàm si ambo in eodem testamento heredes ex semissibus scripti essent. At verò, ne quid prætermittamus, quid si in codicillis testamentariis miles hereditatem totam ademisset Sempronio quem testamento heredem ex asse scripserat, eámque totam dedisset Mæuio? Sed iam diximus non posse totam hereditatem dari in codicillis testamentariis ne desinant esse testamentarij hoc ipsò quòd testamentum desinat esse testamentum. Desineret autem esse statim atque inciperet fieri propter codicillos vt nemo heres esse ex eo posset. Nempe quia non posset tota in codicillis dari Mæuio quin tota Sempronio adimeretur qui testamenti tabulis solus heres scriptus fuisset. Concludamus ergo non posse totam adimi codicillis quia nec potest tota dari, Et consequenter priuilegium militis circa testamentarios codicillos in eo esse vt iis quoque possit hereditas quidem directò & dari & adimi, sed vtrumque pro parte tantùm, neutrum verò in totum. Et hæc quidem sunt quæ de codicillis militaribus ad Paulum tractari possunt, De quibus tamen nihil in glossis & Cõmentariis interpretum, qui in hoc solo laborant vt probent dictionem *ad* idem significare quòd *iuxta*, aliásque huiusmodi quæstiones à Pauli sententia prorsus alienas extrinsecus aduehunt, qualis illa est quam Bartolus adfert, De eo qui pupillarem substitutionem fecerat in testamento fauore extranei eámque postmodum in codicillis reuocauerat fauore venientium ab intestato in iisdem codicillis substitutorum. In qua quæstione quod Bartolus cõtra extraneum substitutum respondet pro venientibus ab intestato, quàm malè ab eo fiat, ostenderemus hîc facillimè si non esset tractatus ille à nostrò remotissimus: Aut si non fuissemus iam longiores quàm par fuerat vt superiorum capitum breuitatem propositam retineremus. Quod tamen ideò facere hîc non potuimus, quia nec ab alio quem sciam vllo tractatus hic institutus fuit, & incidit in postremum huius Decadis caput, quod in plura idcirco diuidere non licuit, nec tractatum hunc in sequentem Decadem extendere licuit.

ANTO-

ANTONII FABRI I.C. SEBVSIANI SENATORIS SABAVDIENSIS, ET IN GEBENNENSIS DVCATVS AVDITORIO PRAESIDIS,

DE ERROR. PRAGMAT. ET INTERPR. IVR. *DECAS LXXV.*

ERROR PRIMVS.

De constituto possessorio rei absentis.

MVLTA quidem à nobis disputata sunt in superioribus Decadibus de possessione, præsertim verò de clausula constituti aduersus omnes interpretum omnium opiniones, sed nihil planè quod tam nouum & absurdum videri pragmaticis nostris possit, quàm quod nunc tractandum, probandumq; adgredimur, Si quis alieno nomine constituerit se possidere rem, quam suo nomine possidebat, sed quæ tamen eo tempore non sit præsens, nihil eo cõstituto agi, vt possessio quę penes constituentem fuit in constitutarium transferatur. Nam præter id quod ex tot interpretibus, qui de constituto scripserunt, non reperio quem opinionis huius meæ vel authorem laudare possim, vel assertorem, nec si Andræam Tiraquellum consulam, qui hanc tamen quæstionem attigit *in tract. De iur. constit. possess. part. 2. ampliat. 3.* Euertit hæc nostra propositio maiore ex parte ac ferè omnes cæteras, quas pragmatici nostri pro verissimis habent in praxi, & clausulæ huius adiectionem qua in omnibus omnium contractuum generibus, vix vlla penè alia frequentior, vt plurimùm inanem & inutilẽ reddet. Nam cùm soleant notarij passim adhibere clausulã obligationis bonorum omnium debitoris presentiũ & futurorum, eiq; subiicere clausulam constituti, adeò vt si quando fortè inconsultò prætermissa sit, non nisi per nimiam notarij imperitiam factum id existimetur, quî fieri obsecro potest, vt bona sua omnia & præsentia & futura in manibus aut ante oculos habeat debitor, cui placeat constituere se bona sua omnia creditoris sui nomine possidere? Est tamen quod siue interpretibus, siue pragmaticis nostris minùs succenseamus, qui veritatem hanc per tot secula ignorauerint, quam nec diffitemur nos in hunc vsque diem ignorasse, Non alia vtique de causa, quàm quòd neque in mentem nobis veni-

verúmne an falsum illud esset inquirere, de quo ante nos nemo dubitauerat, aut in controuersiam deduxerat, quin & verissimum & prorsus indubitatum esset. Me verò ad hanc sententiam inuestigandam & inducendam illud primùm excitauit, quod superiore Decade tractaui de differentia pignoris & hypothecæ, quam veteres prudentes nostri præcipuam illam obseruarunt, quòd per pignus transfertur rei obligatæ possessio in creditorem, quæ per hypothecam non transfertur, *lege cùm & sortis* 35. §. 1. *D. de pignoratitia actione*. Nimirum quia pignus re & traditione contrahitur §. *creditor. Institut. quib. mod. re contr. oblig.* hypotheca verò nuda conuentione *lege contrahitur* 4. *D. de pignoribus l. D. de fide instrumentorum*. sic enim mecum tacitus reputabam, Cùm tam multa magnáque sint commoda possessionis vt ad eam siue adipiscendam, siue retinendam, siue recuperandam nihil non facere debeat, quisquis rebus suis prudenter, ac ex prudentum consilio prospicere velit, quis credat futurum vspiam creditorem vllum tam malè cautum, qui si de bonis debitoris sui obligandis cogitet, non malit pignus contrahere, quàm hypothecam? id est rerum obligatarum possessionem sibi acquirere, potiùs quàm dimittere penes debitorem. Quid verò facilius, quàm id assequi beneficio clausulæ constituti, quæ licèt traditio non sit, traditioni tamen æquipolleat quantum ad hoc vt in constitutarium possessio omnis vera & realis, nec ciuilis tantùm, sed etiam naturalis quæcunque penès constituentem fuit transferatur *vulg. l. quod meo* 18. vbi omnes notant *D. de acquirenda possessione*. An fortè ignotior erat antiquis prudentibus nostris potestas clausulæ constituti, quàm sit hodie notariis nostri temporis? aut minùs cognita vtilitas quæsitæ possessionis? Cur ergo, inquiebam, frequentior in prudentum responsis mentio hypothecæ & hypothecariæ? Nisi quòd tandem pignoris appellatio abusiuè ad hypothecam quoque protracta est, cùm ab initio non nisi ad res mobiles pertineret, quarum quippe traditio solet esse facilior, cùm sint in manu. Vnde & pignus dictum esse placet tanquam à pugno. *l. si rem alienam* 9. §. *propriè pignus D. de pignoratitia act. l. plebs est* 238. §. *pignus appellatum De verb. signific.* Cur non quisquis conueniebat de pignore, curabat etiam adhiberi clausulam constituti per quam non hypothecarius, sed pignoratitius possessor efficeretur? Fuit autem hæc apud me ratio tanti momenti vt ex ea primùm coperim colligere, Per clausulam constituti possessionem bonorum absentium acquiri nec olim potuisse, nec hodie posse. Non enim alia veteris moris causa mihi posse afferri videbatur, quàm quòd vt plurimùm eueniret, fieri conuentionem de obligandis rebus absentibus, quarum proinde sicuti traditio sequi nulla poterat, ita neque possessio acquiri aliqua citra traditionem. Earum scilicet rerum quas tradi esset impossibile per naturam, quomodo certè impossibile est præsentem fieri traditionem rei absentis. Quid verò referre poterat, quòd tradi res absentes non possent, si per constituti clausulam quasi æquipollentem traditioni possessio bonorum absentium in constitutarium creditorem transferri iure pignoris potuisset? Nam neque aliam pragmatici & interpretes nostri differentiam agnoscunt inter traditionem & constitutum, nisi quòd traditio, inquiunt, naturalis & verus modus est transferendæ possessionis: Constitutum verò ciuilis modus & fictitius. Cæterùm in eo ferè omnes, certè plerique ac magis communiter consentiunt, vt per constitutum non minùs quàm per traditionem vera

realis,

realis,& naturalis poſſeſſio acquiratur,omnis deniq; excepta corporali,quæ non tam vera poſſeſſio,quàm aſinina,vt loquuntur,detentio eſt,& ad quam, cùm ſit meri & nudi facti,iuris fictio pertingere nullo modo poteſt.Et quãuis non defuerint,qui ſenſerint poſſeſſionem quæ per fictitium illum conſtituti modum acquiritur,eſſe quoque fictitiam, cum quibus & Tiraquellus ſentit *dict.part.2.ampliat.1.num.7.in fin.* quaſi per rerum naturã fieri nequeat, vt quod fictum eſt producat verum & proprium effectum, & id quod fictũ eſt,rem det non fictam,Receptior tamen longè imò receptiſſima eſt contraria ſententia eodem Tiraquello teſte:Ideóque omnes illos effectus quos traditioni veræ ius ciuile tribuit,etiam conſtituto tribuere noſtri ſolẽt,quaſi nihil aliud ſit conſtitutum quàm ipſa quoque traditio, ſed ficta. Ex quo rurſum magis moueor,vt putem per conſtitutum rei abſentis nullam penitus poſſeſſionem acquiri poſſe.Cùm enim omnes fateantur,quod & veriſſimum ſanè eſt,tam facilè acquiri ex conſtituto naturalem,realem, & actualẽ, vt vocant,poſſeſſionem,quàm ciuilem,quoties nimirum vtraque eſt penès conſtituentem,conſequens omnino videtur,vt non alio caſu poſſit ficta traditio locum habere,quàm quo etiam vera poſſet. Eſt enim hoc commune omnibus fictionibus iuris,vt ita demum induci debeant,ſi id quod in fictionem venit & ius & naturam recipere poſſit,quomodo de confeſſionibus iudiciarijs ſcriptum eſt in *l.ſi is cuius* 14.*in fin.* iunct. *l. praced. D. de interrog. in iur.fac.l.filio* 23.*D.de liber & poſthum.l.vlt.C.de ſent.paſſ. & reſtit.* Quod cùm ad omnes iuris fictiones pertineat, tùm maximè ad eas quæ circa factum hominis verſantur,in quibus quantò minor poteſtasiuris eſt,tantò maior in ſubiecto fictionis aptitudo requiritur,vt fictio inducatur.Eiuſmodi verò eſt potiſſimùm cauſa poſſeſſionis *l.denique* 19.*D.ex quib.cauſ.maior.l.*1.§. *ſi vir vxori D.de acquir.poſſ.* Atqui per naturam impoſſibile eſt vt realis & actualis poſſeſſio transferatur citra veram traditionem,itémque vt vera & actualis traditio fiat eius rei,quæ non ſit preſens,cùm tradere nihil aliud ſit,quàm de manu in manum dare? Sunt enim alij quidem modi etiam naturales acquirendæ & adprehendendæ poſſeſſionis,puta per occupationem, ſed non transferẽdę:*l.qua ratione* 9.§.*hæ quoque res l traditio* 20.*D.de acquir.rer.domin.* Ergo nec per fictam traditionem,quæ ex conſtituto inducitur,aliter poſſeſſio transferetur quàm ſi eo tempore quo conſtitutum fit,res præſens inueniatur. Sic dicimus,manumiſſionem per lictores hodie domino etiam tacente expediri ſolere, & verba ſollennia, licèt non dicantur,pro dictis tamen accipi oportere *l. manumiſſio* 23. *D. de manumiſſ. vindicta.* An verò id ita intelligimus, vt etiam abſente domino ea manumiſſio expediri poſſit? Ita fortaſſe imperitioribus videatur. Ad quid enim præſentiam domini ad loquendum requiramus,cuius nec verba requirimus? Sed tamen non ita eſt.Quia enim verba etiam quæ dicta non ſunt,pro dictis habemus, ſic manumiſſionem fieri neceſſe eſt, vt verba quæ dicta non erunt, dici tamen potuiſſe appareat. Quomodo autem loqui in re præſenti poſſet, qui præſens ipſe non eſſet? Vt ergo termini, quod aiunt, habiles ſupponantur, qui ſemper ſupponendi ſunt, præſentiam domini etiam tacentis exigimus, vt locutus intelligatur, etiamſi tacuerit, quia nec locutus alius intelligi poteſt quàm qui loqui potuit.Similiter igitur dicamus,

Posse fictam quoque traditionem sufficere ad transferendam possessionem, vt puta per constitutum: sed non alio id casu, quàm quo vera traditio interuenire potuerit, adeóque interuenisse intelligatur, quod porrò non aliter fieri potest, quàm si præsens res esse proponatur: quia rem absentem tradere nemo posset, nec maiorem fictionis potestatem in casu ficto esse oportet, quàm sit veritatis in casu vero: vt vel ipso interpretum & pragmaticorum nostrorum brocardico iactari solet. Nisi forte quis ausit dicere, constituto eam vim inesse vt possessionem transferat, non iure traditionis fictæ, sed proprio sibi modo. Sed non ita est. Alioqui dicendū esset, non tantùm traditionibus, sed etiā ac potissimùm constitutis, & possessionē, & per possessionē dominium quoque trāsferri: cùm frequentior hodie apud omnes ferè gentes cōstituti vsus sit, quàm traditionis, maximè verò apud nos & apud Italos, & tamen nuspiam constituti mentionem hac parte factam reperias, sed tantùm traditionis vt *in l. traditionibus 20. C. de pact. d. l. traditio 20. d. l. 9. §. hæ quoque res. l. nunquam 31. D. de acquir. rer. domin.* Nempe quia nec nisi traditionis loco constitutum esse potest tanquam traditio quædam ficta, ad quā proinde necessaria sunt ea omnia quæ ad veram traditionem concurrere oporteret, & consequenter præsentia rei de qua tradenda tractatur.

ERROR SECVNDVS.

De amissione possessionis & eius adprehensione sine tactu.

AD TOVE huic nostræ sententiæ ipsa etiam iuris ratio manifestissimè patrocinatur. Etsi enim dubitatum est à quibusdam vtrum solo animo possit amitti aut retineri possessio, verius que est animo tantùm posse illam nō modò retineri, sed etiam amitti, si ab animo incipiat amissio *ex l. 3. §. in amittenda D. de acquir. poss.* quemadmodum & solo corpore interdum amittitur, si possidentis persona talis sit, quæ animum habere non possit aut possidendi, aut definendi possidere, puta si pupillus sine tutoris authoritate desinat corpore possidere *l. possessionem 29. eod.* (in aliis enim qui possessionem animo retinere possunt, secus est *l. peregrè 44. §. vlt. eod.*) Illud tamen inter omnes constat non nisi & animo & corpore acquiri eam posse *d. §. in amittenda & §. 1. eiusd. l. & l. quemadmodum 8. eo. tit.* siue à pedibus, siue à sedibus dictam velis, cùm neque sedes, neque pedes sint sine corpore *l. 1. eod. tit.* Porrò cùm eam rem, quam possideo meo nomine, constituo me tuo nomine possidere, duo ex ordine fieri, & interuenire necesse est ad hoc vt possessio tibi acquiratur. Primùm illud vt desinā ego possidere, quod solo animo assequi facilè possum. Recedit enim à nobis possessio statim atque constituimus nolle possidere *l. si quis vi 17. §. differentia eod.* Alterum verò vt te faciā possessorem, aut quod effectu idem est, vt tu per me incipias possidere. Neq; verò existimandum est fieri hæc duo posse in eodem instāti: ne alioquin admitti necesse sit vt in eodem instanti duo simul eandem rem possideāt, cùm nec alius desinere possit possidere, quàm qui adhuc possidet. Prius igitur est ordine

ordine saltem naturæ & intellectus, vt desinam possidere, quàm vt tu incipias. Atquin vbi desij possidere, non potest mea possessio quæ ampliùs nulla est facere te possessorem. Eadem igitur seruanda sunt ad acquirendã tibi possessionem quę seruanda essent si per me possidere velles eam rem quam ego nunquam possedissem: quo casu dubitari non posset, quin non aliter posses incipere possidere, quàm si nunc primùm vel meo, vel tuo corpore possessionem adprehenderes, quam rursum nisi rei præsentis siue meo corpore, siue tuo adprehendere nunquam posses. Igitur præsentia rei omnimodo necessaria est, vt per constitutum possessio quæ penes me fuerat in te transferatur: quia non tam persona mea inspicienda est, quæ anteà possidebat, quàm tua quæ nunc primùm incipit possidere. Nec proinde tam inquirendum illud est quid interuenire sufficiat ad hoc vt possessio amittatur, quàm quid necesse sit concurrere, vt acquiratur. Nam etsi meus venditor à me iussus procuratori meo rem tradere eam tradiderit, non aliter tamen mihi traditam videri placet, quàm si in præsentia sit, vt ex Prisco tractat Paulus *in l.1.§.si inferim eod.tit.* vbi elegantem rationem adfert, quòd non sit necesse possessionem adprehendere corpore & tactu (sic enim legendum est non *actu*, vt vulgò, repetita postrema litera præcedentis dictionis ex more librarij Florentini,) sed etiam oculis & affectu, eiúsque rei argumento esse ait res illas quæ propter magnitudinem ponderis moueri nõ possunt, vt columnas. Nam pro traditis eas haberi si in re præsenti pacisscentes consenserint, & similiter vina tradita videri cùm claues cellæ vinariæ emptori traditæ sunt, apud cellam ni mirum vinariam: exemplo eius quod Papinianus scribit *in l.clauibus* 74. *D. de contr.empt.* Clauibus traditis ita mercium in horreis conditarum possessionem traditam videri, non vtique si claues quocunque loco traditę sint, sed si apud horrea, quo facto, inquit, confestim emptor & dominium, & possessionem adipiscitur, etiamsi non aperuerit horrea, quomodo accipiendum etiam est quod Caius scribit *in d.l.qua ratione* 9.§.*item si quis merces D. de acquir.rer.domin.* Nimirum quia parum refert an res ipsas, de quibus tradendis agitur in suo conspectu & ante oculos habeat is qui possessionem ipsarum adipisci desiderat, an verò horrea in quibus sunt illæ reconditæ: vt proinde non satis verè Frãciscus Hottomanus ex iis locis inferat, non sẽper ad translationem dominij vel possessionis requiri corporalem præsentiam, & ocularem, & naturalem rei traditionem. Quid enim distat, an res in horreis recõditæ oculis contrahentium subiiciantur, an ipsa horrea? Quamquam nec id sufficeret si non etiam claues traderentur, non magis quàm sola clauium traditio si eam non concomitaretur præsentia horreorum. Ex eo sanè inferre potuit non malè, nihil non egisse Iurecõsultos, vt quibuscunque potuerunt modis facilem redderent possessionis acquisitionem, quòd publica commerciorum vtilitas id exigere maximè videretur, violatis etiamsi, quando esset opus, regulis iuris, vt cùm passi sunt per liberam personam, siue procuratoris, siue tutoris aut curatoris acquiri possessionem *l.1.§. per procuratorem D. de acquir.poss.* cùm tamen extra causam possessionis nihil per liberam personam acquiri nobis possit *l.1.C.per quas personas nob. acquir. l. per procuratorem 8.C.de acquir.poss. l.solutum* 11.§.*per liberam D.de pignor.act. l.traditio* 20.§.*vlt. D.de acquir.rer.domin.* Vnde intelligimus tantò verius esse quod suprà diximus, non fuisse illos prætermissuros tam facilem & expeditum modum acquirendæ possessionis rerum absentium per clausulã constituti velut in sub-

vicissimque vt codicilli ex testamento valerent, testamentum autem vires acciperet ex heredum institutione quæ in codicillis facta esset. Quid? inquies, An non eadem ratio in militari quoque testamento & in militaribus codicillis locum habet? An non testamenta etiam militaria pendent ex heredum institutione? An non militares quoque codicilli testamentarij pendent ex testamento? Quidni ergo ius idem in militum, quod in paganorum codicillis obseruabitur? Aut quodnam priuilegium militis tale tantúmque esse potest cuius ratione debeamus id admittere quod implicat contradictionem? Ego verò respondeo testamenta quidem militum pendere ex institutione heredis vt etiam paganorum, at non ideò pendere codicillos militares ex testamento militari quamuis sint testamentarij, sed omnia quæ miles in iis disposuerit non aliunde quàm ab ipsius voluntate vires accipere, Postquàm placuit Imperatoribus hanc vnam esse vltimarum voluntatum militarium legem vt à legibus omnibus sint solutæ. Quomodo enim possent codicilli militares etiam testamentarij pendere ex testamento cùm fieri non possit vt non valeant, sicut nec vt non valeat testamentum dummodò aliquis in eo heres scriptus sit? Et tamen dicuntur testamentarij, at non quia pendeant ex testamento, vt codicilli testamentarij paganorum; sed quia non possunt esse sine testamento. Hoc tamen semper exigo vt testamentum facere miles voluerit, déque eo constet ad hoc vt testamentum à milite factum dici possit, tùm verò maximè cùm talis voluntas est quæ alioqui in dubio codicillorum potiùs quàm testamenti iure censenda esset. Sicque accipio quod suprà ex Paulo dixi quamlibet voluntatem militis testamentum esse, Scilicet quam ille testamentum esse voluerit, non etiam si animo id egerit vt faceret codicillos aut quid aliud quod testamentum non esset, Nec aliter posito iure dicendum esset, non esse militi liberum non testari, si modò aliquid moriens vellet, cùm è contrario non aliam ob causam tot ei priuilegia data sint circa vltimas voluntates quàm vt tantò pleniorem & liberiorem haberet non modò testandi sed etiam quoquo alio modo de bonis suis pro arbitrio disponendi facultatem dum ne testamentum faciat sine heredis institutione. Nam quod idem Paulus ait *in l. vlt. eod. tit. De iur. codicill.* non posse intelligi tabulas testamenti eas in quibus heres scriptus non sit, in milite non minùs verum est quàm in pagano: Alioqui sanè confunderentur iura testamentorum & codicillorum, si quemadmodum potest miles hereditatem in codicillis directò dare, Ita & posset testamentum facere sine heredis institutione. Cæterùm si poneres militem nullo facto testamento voluisse codicillos tantùm facere, ac in iis hereditatem directò dedisse, Non putarem valituram eam voluntatem, neque iure testamenti quoniam miles non testamentum sed codicillos tantùm facere voluisset, neque rursus iure codicillorum; quamuis voluisset miles ita esse, quia non in aliis codicillis hereditatem directò dare militi ex priuilegio conceditur, quàm in iis qui ad testamentum aliquod facti sint vt Paulus loquitur *in d. l. milites*, Non potest autem miles velle codicillos habere testamentarios si nullum fecerit testamentum, cùm ea res manifestissimam implicet contradictionem, vt testamentum nullum sit, & tamen codicilli aliqui sint testamentarij: Cur verò non æquè datum est priuilegium militi vt possit directò hereditatem dare in codicillis etiam ab intestato factis, si vtrúque is velle se dixerit & intestatum mori, & nihilominùs directam hereditatem in codicillis dare. Respondeo, quoniam æquè hoc implicat contradictionem

tem vt miles qui heredem aliquem scripsit intestatus decesserit. Quid enim aliud est Testatum mori, quàm heredem scribere? Ita, inquies si in testamẽto heres scriptus sit & ab eo qui animum habuerit testamenti faciendi, non codicillos duntaxat scribendi. Sed hoc ipsum est quod dico, Implicare contradictionem vt quis heredem aliquem scribat, nec tamen velit facere testamentum, vt moriatur intestatus. Hoc enim adiiciendum est vt excludam eũ casum quo heres aliquis scriptus sit à milite in codicillis testamentariis, qui tamen non sint testamentum, vt *in d. l. militis*. Nihil enim repugnat quominùs vtrumque verum sit, Et datam esse hereditatem in codicillis testamentariis, Et codicillos illos in quibus heres directò scriptus sit, non testamentum esse sed codicillos: nimirum quia codicilli testamẽtarij licèt non sint testamentum totáque specie differant à testamento, Attamen testamenti pars quædam esse intelliguntur *l. penult. D. testam. quemadm. aper. l. ab intestato* 16. *l. Plotiana* 18. *D. de iur. codicill.* Sed repugnat euidentissimè & implicat, vt heres aliquis scribatur in codicillis ab intestato factis, non minùs quàm vt miles decedat testatus in totum simul, & in totum intestatus. Fateor posse illum decedere testatum & intestatum, sed ita si pro parte testatus sit & pro parte intestatus, Pro parte inquam siue temporis siue bonorum *l. si miles* 6. *l. miles ita* 41. *D. de test. milit.* Sed vt in totum testatus, & in totum intestatus decedat, etiamsi maximè velit fieri certè nullomodo potest. Ergo nec vt hereditatem directam det in codicillis si nullum testamentum fecerit, siue codicillos illos valere tanquam testamentarios velit siue tanquam ab intestato factos. Priore siquidem casu fieri nequit vt valeant quasi testamentarij nullo penitus facto testamento: Posteriore verò codicilli quidem ab intestato fieri possunt etiam à pagano qui nullum testamentum fecit, sed non tales in quibus hereditas directò detur, ne quidem à milite. Non quasi testamentum faciat miles quoque sicut paganus, quoties alicui hereditatem dat directam, Alioqui testamentum dicendum esset non codicilli ij in quibus post testamentum factum hereditatem directò miles dedisset. Sed quia non potest decedere intestatus, qui heredem aliquem directò instituit, Cùm facere testamentum nihil aliud sit quàm heredem aliquem directò scribere. Erit ergo hæc militis voluntas inutilis tanquam pugnantia & contradictoria continens *Ex reg. l. vbi pugnantia* 188. *de regul. iur.* Nisi quis malit dicere quod certè probabilius est adiuuandam eam benigna interpretatione vt valeat eo modo quo valere potest, id est tanquam testamentum, quasi per solam imperitiam militis factum sit vt expresserit velle se codicillos illos valere iure codicillorum siue ex testamento siue ab intestato factorum. Constat enim cæteras inter causas quæ tot militum hac in re priuilegia extorserunt, vnam illam fuisse, quod visum est eorum simplicitati & imperitiæ succurrendum esse *l. 1. D. de testam. milit. l. 3. C. eod. l. impuberi* 40. *D. de admin. tutor.* & apud Iustin. *initio tit. De testam. milit.* quandoquidem magis arma quàm leges scire milites existimantur *l. milites* 31. *C. de locat. l. 1. C. de iur. & fact. ignor.* Et inspecto eo quod præcipuè miles egit, dubitandum non est, quin id animo agitauerit vt heredem haberet illum quem scribebat, & quidem ex testamento potiùs quàm vt codicillos siue testamentarios, siue ab intestato faceret, nec heredem illum haberet. Hoc enim posterius ad corticem duntaxat & figuram verborum pertinet, Prius verò ad rei effectum negotiique substantiam. Nam & plerunque sic euenit per errorem & imperitiam notariorum, vt quasi ex testatoris mente codicil-

lorum nomine donent eam voluntatem, quæ tamen non nisi iure testamenti valere possit: Quo casu nemo dubitat quin testamentum sit, & eo iure defendatur, siue per notarij, siue per testatoris ipsius imperitiam codicilli dicti sint *l. nō codicillum* 13. vbi nostri notāt *C. de testam. d. l. illud* 13. *§. tractari D. de iure codicill.* Cuius rei elegans exemplum extat in ea specie quam retulimus *Defin.* 1. *Cod. nostro De testam.* Cùm tamen militibus omnibus liceat non tantùm militari sed etiam communi iure testari, quia scilicet priuilegium numquam admittit beneficium iuris communis, non absurda dubitatio est, An quod Paulus ait *in d. l. milites*. Posse militem in codicillis ad testamentum factis hereditatem directò dare, verum sit vtroque casu, id est siue militari, siue communi iure testatus proponatur. Dubitationem illud mouet quòd quoties fiunt codicilli testamentarij, necesse sit eos sequi ius testamenti à quo dependent *d. l. ab intestato in fin.* Vt proinde non videantur posse valere iure militari si testamentum factum sit iure communi. Cui consequens fiet, vt in his codicillis, quos vel iure communi, vel nullo modo valere necesse sit non videatur posse directò dari hereditas, cùm sit illud ex priuilegio militari. Mihi tamen melius cogitanti contraria sententia longo probabilior videtur. Ratione illa quam adfert Vlpianus *in l. 3 De testam. milit.* quòd miles qui testatur iure communi, non ideò statim credendus sit velle renunciare priuilegio militari, Vnde fit vt si qua ratione testamentum à milite iure communi factum eo iure valere non possit, perinde tamen iure militari defendatur acsi ea mente factum esset, vt illo iure valeret *d. l. 3.* Quidni ergo etiam codicilli ad testamentum hoc ita facti, vt non nisi iure militari valere possint, quòd in iis data sit directò hereditas, valebunt eo iure, acsi testamentum quoque iure militari factum esset? Præsertim cùm illud etiam verissimum sit quod nos suprà monuimus, codicillos militis, licèt testamentarios, non tam à testamento pendere, quàm à nuda militis voluntate. Sufficit enim quòd facti sint à milite qui suo iure sic eos facere potuit, quique licèt iure communi testatus sit potuit tamen codicillos scribere iure militari: adeóque qui etiamsi apertè professus esset se codicillos facere iure communi, non idcirco tamen priuilegio suo renunciasse videretur quominùs valere deberent iure saltem militari, qui iure communi valere non possent. Idque satis apertè Paulus significat *in d. l. milites*, vbi ad hoc vt in codicillis hereditas directò dari possit, nihil aliud exigit nisi vt & à milite & ad testamentum facti sint, non etiam vt iure militari, quamuis certum sit militari tantùm iure posse illos valere. Ex eo autem quod ait huiusmodi codicillis hereditatem directò dari posse, Bene infert si miles dimidiam partem hereditatis alicui his codicillis dederit, testamento scriptum ex asse heredem, non nisi partem dimidiam hereditatis habiturum. Legata verò data eo testamento vtrumque heredem communiter debiturum. Quibus verbis ostendit Paulus, posse quidem ex priuilegio militari hereditatem directam etiam in codicillis dari, sed non totam, quia necessarium est vt in testamento aliquis heres scriptus sit, Ne alioqui nullum videatur factum testamentum à quo testamentarij codicilli dici possint. Absurdum enim esset ita militem fecisse & testamentum & codicillos, vt testamenti iure censeretur ea scriptura in qua heredem nullum, Codicillorum verò illa in qua heredem aliquem scripsisset. Non tamen perpetuum esse credendum est, vt in codicillis militaribus heres scriptus partem dimidiam hereditatis obtinere debeat. Quid enim si miles heredem in testamento

Sempro-

Sempronium scripsisset duntaxat ex besse, tanquam pro triente reliquo intestatus moriturus? Si posteà in codicillis ad testamentum illud factis Mæuium heredem simpliciter scripserit, non dimidiam hereditatis partem habebit Mæuius, sed trientem illum solum qui vacabat, quemadmodum & in vltima cuiuslibet pagani voluntate contingeret *l. assse toto 77. D. de hered. inst.* Omnibus enim testatoribus siue militibus, siue paganis commune illud est, vt si plures vltimæ voluntatis species fecerint quæ omnes possint subsistere, omnes pariter sint defendendæ, nec alia aliam vel perimat, vel imminuat, nisi quantū ratio necessitatis cogit nos aliud dicere, vnde est quod placet nō aliud habere illum debere qui secundo loco sine parte scriptus est, quàm quod explendo assi deest *l. item quod Sabinus 17. in princip. eod.* Cur non verò dicimus Sempronium cui miles in testamento hereditatem dederat, saltem bessem totius hereditatis habere debere, cùm in codicillis dimidia tantùm pars Mæuio data proponatur, vt scilicet ea seruetur proportio quam videtur testator seruari voluisse, qui Sempronio dimidia parte plus dedit ex hereditate quàm Mæuio. An, quòd testamenta militaria non facilè hanc iuris interpretationem admittant vt testator qui asse expleto alium heredem scribit ad dupondium transisse existimetur? Imò admittunt vt probauimus in superioribus Decad bus. Ideóque non dubito quin æquè Mæuius dimidiam hereditatis partem habiturus esset etiamsi non pro parte dimidia in codicillis, sed simpliciter heres scriptus fuisset, quia tantundem videretur ei datum, quantum Sempronio. Neque hoc dubitationem magnam haberet, sed difficilius illud est, cur tantundem habeat Mæuius quantum Sempronius, cùm Sempronius in testamento heres scriptus est ex toto asse, Mæuius verò in codicillis ex semisse. Nam in pagani testamento in quo esset institutus heres vnus ex asse, alius verò ex semisse, non idem responderetur, Sed in duodeuiginti vncias tota hereditas diuideretur, ex quibus duodecim vncias prior, alius octo ferret *l. interdum 13. §. penult. & l. Iulianus 15. §. 1. eod. tit. D. de hered. inst.* Ratio petenda ex eo est quòd cùm militis voluntas nuda & simplex colligi potest ex verbis quibus ille vsus est, nullus relinquitur locus interpretationi. Nudam enim & simplicem militis voluntatem intuemur, non vt pagani iustam. Quid autem simplicius & apertius, quàm fuisse illam militis voluntatem vt heres ab eo in codicillis scriptus dimidiam haberet partem hereditatis, cùm ei dimidiam partem dilerte dederit? Necessariò igitur consequens est vt noluerit penès heredem scriptum in testamento quicquam aliud præter aliam dimidiam remanere. Id enim est quod *in §. 1.* eiusdem legis Paulus ait tantum videri militem priori heredi abstulisse, quantum in posteriorem contulit. Etsi enim tractat eo loco de prioribus & posterioribus tabulis, id est de milite qui ex militari priuilegio plura fecerat testamenta; Parum tamen hac parte refert an plures heredes in pluribus testamentis miles scripserit, An verò vnum in testamento, alium verò in codicillis iure militari factis; licèt codicilli isti nòn ideò sint testamentum. Eadémque ratio facit vt dimidiam quoque legatorum partem debeat Mæuius cui pars dimidia hereditatis in codicillis data est, tametsi legata data sint in testamento in quo Sempronius solus fuerat institutus, & de quo solo proinde onerando testator senserat. Quamquam enim nihil à Mæuio legatum fuit, cùm tamen in eum posteà contulerit, testator dimidiam hereditatis

partem quam Sempronio abstulit, negari non potest quin eam contulerit cum suo onere, partis scilicet dimidiæ legatorum, multóque magis æris alieni. In quo minor idcirco est dubitandi ratio, quòd non quemadmodum legatorum, ita & æris alieni totum onus à testatore impositum Sempronio fuerat. Itaque supererat diuidendum inter coheredes ex potestate legis duodecim tabularum, per quam tamen non diuiduntur legata quæ ad vnius ex heredibus nominatim onus pertinere testator voluit. Tam verò coheredes sunt isti quorum vnus in testamento, alius in codicillis scriptus est, quàm si ambo in eodem testamento heredes ex semissibus scripti essent. At verò, ne quid prætermittamus, quid si in codicillis testamentariis miles hereditatem totam ademisset Sempronio quem testamento heredem ex asse scripserat, eámque totam dedisset Mæuio? Sed iam diximus non posse totam hereditatem dari in codicillis testamentariis ne desinant esse testamentarij hoc ipsò quòd testamentum desinat esse testamentum. Desineret autem esse statim atque inciperet fieri propter codicillos vt nemo heres esse ex eo posset. Nempe quia non posset tota in codicillis dari Mæuio quin tota Sempronio adimeretur qui testamenti tabulis solus heres scriptus fuisset. Concludamus ergo non posse totam adimi codicillis quia nec potest tota dari, Et consequenter priuilegium militis circa testamentarios codicillos in eo esse vt iis quóque possit hereditas quidem directò & dari & adimi, sed vtrumque pro parte tantùm, neutrum verò in totum. Et hæc quidem sunt quæ de codicillis militaribus ad Paulum tractari possunt, De quibus tamen nihil in glossis & Cómentariis interpretum, qui in hoc solo laborant vt probent dictionem *ad* idem significare quòd *iuxta*, aliásque huiusmodi quæstiones à Pauli sententia prorsus alienas extrinsecus aduehunt, qualis illa est quam Bartolus adfert, De eo qui pupillarem substitutionem fecerat in testamento fauore extranei eámque postmodum in codicillis reuocâuerat fauore venientium ab intestato in iisdem codicillis substitutorum. In qua quæstione quod Bartolus cõtra extraneum substitutum respondet pro venientibus ab intestato, quàm malè ab eo fiat, ostenderemus hîc facillimè si non esset tractatus ille à nostrò remotissimus: Aut si non fuissemus iam longiores quàm par fuerat vt superiorum capitum breuitatem propositam retineremus. Quod tamen ideò facere hîc non potuimus, quia nec ab alio quem sciam vllo tractatus hic institutus fuit, & incidit in postremum huius Decadis caput, quod in plura idcirco diuidere non licuit, nec tractatum hunc in sequentem Decadem extendere libuit.

ANTO-

ANTONII FABRI I.C. SEBVSIANI SENATORIS SABAVDIENSIS, ET IN GEBENNENSIS DVCATVS AVDITORIO PRAESIDIS,

DE ERROR. PRAGMAT. ET INTERPR. IVR. *DECAS LXXV.*

ERROR PRIMVS.

De constituto possessorio rei absentis.

MVLTA quidem à nobis disputata sunt in superioribus Decadibus de possessione, præsertim verò de clausula constituti aduersus omnes interpretum omnium opiniones, sed nihil planè quod tam nouum & absurdum videri pragmaticis nostris possit, quàm quod nunc tractandum, probandumq; adgredimur, Si quis alieno nomine constituerit se possidere rem, quam suo nomine possidebat, sed quæ tamen eo tempore non sit præsens, nihil eo cõstituto agi, vt possessio quę penes constituentem fuit in constitutarium transferatur. Nam præter id quod ex tot interpretibus, qui de constituto scripserunt, non reperio quem opinionis huius meæ vel authorem laudare possim, vel assertorem, nec si Andræam Tiraquellum consulam, qui hanc tamen quæstionem attigit *in tract. De iur. constit. possess. part. 2. ampliat. 3.* Euertit hæc nostra propositio maiore ex parte ac ferè omnes cæteras, quas pragmatici nostri pro verissimis habent in praxi, & clausulæ huius adiectionem qua in omnibus omnium contractuum generibus, vix vlla penè alia frequentior, vt plurimùm inanem & inutilẽ reddet. Nam cùm solcant notarij passim adhibere clausulã obligationis bonorum omnium debitoris prę sentiũ & futurorum, eiq; subiicere clausulam constituti, adeò vt si quando fortè inconsultò prætermissa sit, non nisi per nimiam notarij imperitiam factum id existimetur, quî fieri obsecro potest, vt bona sua omnia & præsentia & futura in manibus aut ante oculos habeat debitor, cui placeat constituere se bona sua omnia creditoris sui nomine possidere? Est tamen quod siue interpretibus, siue pragmaticis nostris minùs succenseamus, qui veritatem hanc per tot secula ignorauerint, quam nec diffitemur nos in hunc vsque diem ignorasse, Non alia vtique de causa, quàm quòd neque in mentem nobis venis

men dominus ex causa præcedenti, hoc est, ex causa irrogatæ deportationis à qua ordinem habuit posterior hęc acquisitio. Non enim noua sententia opus est, vt bona huius deportati omnia quę post deportationē acquisijt rursus publicentur, sed sufficit prior sententia vt ea bona fiscus vindicet, non modò tanquam vacantia vtpote nullo herede existente, quomodo si quis in ciuitate decederet sine vllo successore *l. habere licere* 57. *D. de euict.* sed quod maximè notandum est, etiam iure quodam proprio & tanquam bona deportati, & tanquam publicata *l. 2. C. de bo. proscript. l. si mandauero* 22. *§. is cuius D. mandat.* Vnde est quòd si ea velit interim alienare vel pignori dare in fraudem fisci non potest *dict. l. deportatus* 15. *De interd. & releg.* Cùm tamen, si quid ex bonis suis alienauerit is, cuius reliqua bona postea tanquam vacantia fiscus vindicauit, nullo existente successore, nūquā illa quęstio possit incidere. An in fraudem fisci alienationes factę fuerint necne. Omnimodo enim valent & ratæ sunt, nec quicquam iuris habet fiscus, nisi in bonis quæ supersunt & quidem deducto ære alieno *l. 1. §. an bona l. non possunt* 10. *D. de iur. fisc.* Nimirum quia præcedunt causam quæ posteà inuitauit fiscum, Non etiam alienationes illæ quæ à deportato factæ sunt, bonorum, post deportationem licèt, acquisitorum. Sed cùm alienatus est seruus cui post deportationem testator fideicommissum adscripserat, & quidem mortuo iam testatore, durius est vt ad fiscum pertineat fideicommissum ex persona illius serui qui neque die legati cedente, neque postea vnquam fuerit in dominio, & potestate fisci. Et tamen ita est si deportatus qui die cedente dominus fuit nunquam sit restitutus, Quemadmodum si is restitutus esset, alienatio quæ interueniisset, non impediret quominùs acquireret sibi fideicommissum per seruum quasi præcedente alienationem acquisitione. Et ratio est, quoniā licèt acquisitio ista fideicommissi, neque in deportati neque in fisci commodum fiat nisi eo demùm tempore quo deportatus vel restituatur, vel nō riatur, propterea quòd quandiu nec restitutus, nec mortuus est, nescīri potest vtri futurum sit vt commodum illud fideicommissi acquiratur fiscone an deportato. Attamen vtroque casu retrotrahitur acquisitio ad tempus illud quo dies fideicommissi cessit, Nec interueniens alienatio quæ tota facti est impedire potest iuris potestatem ex qua sola acquisitio æstimatur, adeò vt per seruum cui legatum vel fideicommissum adscriptum est acquiratur ipso iure domino etiam ignoranti, quamuis non inuito cùm repudiare possit legatum vel fideicommissum si velit *l. legatum* 7. *de legatis* 1. *l. Titia* 34. *§. Lucia de legat.* 2. Itaque quamuis non nisi ex postfacto, id est post restitutionem vel mortem deportati appareat quid antea fuerit, vt in aliis plerisque partibus iuris *l. qui res* 98. *§. rem autem castrensis peculij. D. de solut. lege Sed etsi quid* 25. *§.* 1. *D. de vsufruct. l. huic scripturæ* 15. *§.* 1. *D. ad legem Aquiliam.* & accommodatiùs ad rem nostram *in l. de hereditate* 19. *§. quid autem versicul. nisi in pendenti D. de captiu. & postlim.* Cùm tamen id quale sit tandem apparet, tale quoque iam ab initio fuisse intelligitur, Non propter spem quam vel deportatus, iam tùm habuerit obtinendæ restitutionis, vel in contrarium fiscus augendæ per deportati mortem publicationis, Sed propter iuris potestatem quæ facit, vt ea omnia quorum acquisitio fieri potest ipso iure iam inde ab eo tempore acquisita esse videantur quo dies cessit, siue in fisci vtilitatē si deportatus non fuerit restitutus, acsi inter deporta-

Portationem & mortem deportati medium tempus nullum interceſſiſſet. Siue in commodum deportati tandem reſtituti acſi deportatus is nunquam fuiſſet. Denique tam potens eſt ius fiſci ad acquirendum hoc fideicommiſſum per ſeruum quamuis medio tempore alienatum à deportato numquam reſtituto, quàm potens eſt ius deportati reſtituti ad petendum fideicommiſſum huic ſeruoadſcriptum, tametſi eum interim & ante reſtitutionem alienauerit. Atque hæc quidem mihi videtur loci huius non ſolùm ſententia quam aſſequi minùs fortaſſis difficile eſt, ſed etiam ratio quam ſanè fatendum eſt eſſe perobſcuram, nec à quoquam ex interpretibus noſtris adhuc benè explicatam: Nos verò an aſſecuti eam ſimus, quod nobis quidem videmur, doctiores viderint.

ERROR DECIMVS.

De militaribus codicillis. Ad l. militis 36. in princip. D. de teſtam. milit.

INTER tam multa priuilegia quæ ab Imperatoribus conceſſa ſunt militibus circa vltimas voluntates teſtamentarias, de quibus iam non pauca ſcripſimus in Decadibus præcedẽtibus, poſtremum ferè illud eſt nec tamen aut leuioris momẽti aut minoris dubitationis, quod permiſſum iis eſt etiam codicillis ad teſtamentum factis, hoc eſt teſtamento militari confirmatis hereditatem directò dare *l. miles codicillis 36. in princip. D. de teſtam. milit.* Iure prorſus ſanè ſingulari & priuilegiario, cùm ex ratione iuris communis certiſſimum ſit hereditatem codicillis, neque dari poſſe, neque adimi, ob idque nec condicionem inſtitutioni poſſe adiici in codicillis ſi in teſtamento data fuerat hereditas pure *l. quid in 26. §. 1. D. de condic. inſtit.* Et hereditatem quæ in teſtamento inutiliter data ſit non poſſe codicillis quaſi hereditatem confirmari, ſed ita tantùm vt ex fideicommiſſo petatur habita ratione legis falcidiæ *l. 2. §. vlt. D. de iur. codicill.* Huius verò priuilegij ſicut effectus eſt certè quàm maximus, ita ratio longè obſcurior quàm cæterorum. Cætera enim priuilegia rationem illam vnicam & generalem habent, quod ità placuerit Imperatoribus vt eo veluti præmio & remunerarentur milites qui anteactis laboribus benè meriti de republica fuiſſent, & tyrones, ciuéſq; omnes ad grauiſſima quæque pericula pro ſalute reipublicæ obeunda inuitarent *l. 1. & 2. l. Diuus Traianus 24. l. teſtamenta 26. D. de teſtam. milit. l. impubem 40. D. de admin. & perit. tutor.* Nempe eùm non ſemper copia ſuppetat teſtium neque adhibendarum cæterarum ſollennitatum quæ in paganorum teſtamẽtis omnimodò requiruntur *l. conficiuntur 8. §. 1. D. de iur. codicill.* & apud Iuſtin. *in Tit. De milit. teſtam.* At priuilegium hoc militibus datum vt poſſint in codicillis teſtamentariis hereditatem directò dare, neque neceſſitatem, neque vtilitatem aliquam, nec proinde rationem vllam habere videtur. Cùm enim militum teſtamenta in eo potiſſimùm differant à teſtamentis paganorum quòd nullam penitus ſollennitatem & obſeruationem deſiderant, adeóque minorem quàm codicilli, qui eo ſaltem iure quo nunc vtimur non carent

ſollennitate aliqua cùm quinque teſtes deſiderent poſt *legem vltimam, in fine Coditis de codicillis.* Quænam obſecro poteſt neceſſitas ſubeſſe vel vtilitas huius priuilegij, vt liceat militi etiam in codicillis directam hereditatem dare, ſi tam facilè eſt militi teſtamentum facere quàm codicillos? Sed &, cùm verum illud ſit, quod ſecundùm noſtram emendationem Paulus ſcribit *in lege eius militis* 34. *in fine, De teſtament. milit.* voluntatem quamque militis teſtamentum eſſe, quî fieri poteſt vt miles faciat codicillos, qui non potiùs teſtamenti & nomine & iure cenſeantur? An fortè poſſunt eſſe codicilli ſine voluntate? Denique ſi vera eſt ratio quam Iuſtinianus noſter attulit *in §. codicillis. Inſt. de codicill.* ob quam codicillis hereditas neque dari, neque adimi poſſit, ne confundantur, inquit, iura teſtamentorum & codicillorum, Adde, & nomina *ex lege ſi idem 7. Cod. eodem.* An non æquè abſurdum & fœdum eſt, quomodo loquitur *lex vltima C. de legitim. tutel.* eam nominum & rerum confuſionem in milite fieri atque in pagano? Imò longè fœdior & abſurdior in milite videri debet. Nam in pagano quidem etiamſi ius ita ferret vt codicillis, perinde ac teſtamento hereditas directò dari poſſet, non tamen vſque adeò confunderentur iura teſtamentorum & codicillorum, vt non facilè poſſet dignoſci an teſtamentum factum eſſet an codicilli, Nimirum ex adhibitis vel non adhibitis ſollennitatibus, quæ in quolibet pagani teſtamento maximæ, in codicillis verò vel nullæ prorſus, vel ſaltem longè minores requirerentur. At ea diſtinctio in militaribus ſiue teſtamentis, ſiue codicillis non ſimiliter haberi aliqua poteſt, cùm non maiorem ſollennitatem teſtamenta militum exigant quàm militares codicilli. Verùm obiectionibus iſtis omnibus commodè, ni fallor, ſatisfecerimus, ſi dixerimus, Voluntatem quidem militis quamlibet eſſe teſtamentum, ſed ità demum ſi miles teſtamentum eſſe velit, non etiam ſi malit eſſe codicillos. Nam præter id quod generale in quolibet hominum genere, ac ferè perpetuum eſt, vt actus numquam operentur vltra intentionem agentium *vulg. lege non omnis* 19. *D. de rebus credit. lege iuris gentium ſeptima §. quod ferè D. de pact.* abſurdum ſanè eſſet priuilegia militum quæ ad ſupremas eorum voluntates adiuuandas conceſſa ſint, eò vſque produci vt contra ipſorum voluntatem pro teſtamento haberent ſcripturam, quam miles non niſi codicillos eſſe voluiſſet. Id enim deſtruere voluntatem eſſet ac impedire, non adiuuare, In ſumma facere vt cui liceret quod plus eſſet, non liceret tamen quod eſſet minus contra vulgatam iuris regulam, vtque careret minoribus qui frueretur maioribus, quod per ſe non minùs certè abſurdum foret quàm è contrario vt maioribus frueretur qui careret minoribus, vt Papinianus ait *in lege cui pacto* 5. *D. de fœn. export.* Neque verò ſine effectu hanc militarium teſtamentorum & codicillorum diſtinctionem eſſe exiſtimandum eſt: cùm poſſit plerumque intereſſe militis vt codicillos teſtamentarios potiùs quàm teſtamentum feciſſe exiſtimetur, vel ob id ſaltem ne quæſtio tam facilè poſſit incidere, quæ factis à milite pluribus teſtamentis plerumque incidit, An vtrumque teſtamentum voluerit miles valere, an priori per poſterius derogare: quod nos in præcedentibus fusè tractauimus. Nemo enim vnquam dixit, Per codicillos quos miles ad teſtamentum fecerit reuocatum

tum videri testamentum, quod nec in pagano reuocatum censeretur, quia nec posset, Cùm in contrarium codicilli ad testamentum facti à testamento ipso vires accipiant, ipsiúsque ius & condicionem sequantur *lege quod per manus* 10. *lege ab intestato* 16. *in fine D. de iure codicillorum.* Nec minus in milite quàm in pagano hoc locum habet, vt per codicillos testamentarios nunquam testamentum reuocetur, nisi fortè quantum ad legata vel fideicommissa, quæ licèt in testamento data nemo dubitat codicillis reuocari & adimi posse, *lege confirmatur* 8. *§. vltimo. D. de iure codicillorum. lege tertia Cod. eodem.* Neque enim priuilegium militis in eo vllum est vt possit etiamsi maxime velit reuocare testamentum siue militari, siue communi iure factum per codicillos quantumlibet posteriores, cùm in eam rem paratum habeat auxilium faciendi testamenti ad priorem voluntatem reuocandam, possitque ei tantò magis imputari quàm pagano cur cùm fecit codicillos, testamentum potius non fecerit, aut cur non codicillos à se factos in testamentum conuerterit vt *in lege quærebatur* 19. *D. de testament. mil.* quod tam facile, támque commodè facere si voluisset, potuisset: paganus non item. Hoc autem admisso vt non minùs liceat militi quàm pagano facere codicillos testamentarios, non tam mirum videtur illud esse quod eiusmodi codicillis hereditatem perinde ac testamento dare miles directò possit, quàm difficile dictu. Cur non id ipsum pagano quoque permittatur, Cùm non tam ex priuilegio aliquo, quàm ex mera iuris ratione ac regula id fieri videatur. Siquidem tritum est, sæpiúsque à nobis inculcatum, Codicillorum testamentariorum singulare ius esse vt quæcunque in iis scripta sunt perinde haberi debeant acsi in testamento ipso scripta essent, *lege. secunda §. codicillorum D. de iure codicillorum.* Atqui nemo dubitat, quin hereditas testamento dari possit cùm in eam potissimùm causam testamentorum vsus comparatus sit, *lege hereditas* 5. *C. de pact. comment. lege licèt* 19. *Cod. de pact.* Quidni ergo per codicillos quoque testamentarios dari poterit, vt eo casu in testamento ipso data esse credatur: sicut & in specie *legis esse toto* 77. *D. de hæred. inst. lege si ita scripsero* 38. *De condic. & demonstrat.* Nec enim est quod quis cum Iustiniano respondeat ita constitutum esse ne testamentorum & codicillorum iura confunderentur: Quandoquidem ex militarium codicillorum exemplo constat, non ob id magis fieri hanc confusionem quòd hereditas codicillis detur. Alioqui dicendum erit factis à milite in hunc modum codicillis vt hereditatem in iis directò dederit, necessariò inducendam hanc confusionem, Vt nesciri planè possit vtra voluntas testamenti, vtra codicillorum iure censeri debeat, Quod tamen non ita esse iam ostendimus. Alia igitur ratio quærenda est quàm quæ à Triboniano allata supradicto loco fuit, sed non alia melior quàm quæ à Papiniano nostro *in dicta lege quod per manus.* Vbi eleganter ait, Quod per manus traditum est, Codicillis hereditatem dari non posse, rationem illam habere, Ne per codicillos qui ex testamento valerent, testamentum quod vires per institutionem heredum acciperet, confirmari videretur. Implicaret enim ea res manifestam contradictionem vt testamentum confirmaretur per codicillos, & codicillos confirmaret,

viciſſimque vt codicilli ex teſtamento valerent, teſtamentum autem vires acciperet ex heredum inſtitutione quæ in codicillis facta eſſet. Quid? inquies, An non eadem ratio in militari quoque teſtamento & in militaribus codicillis locum habet? An non teſtamenta etiam militaria pendent ex heredum inſtitutione? An non militares quoque codicilli teſtamentarij pendent ex teſtamento? Quidni ergo ius idem in militum, quod in paganorum codicillis obſeruabitur? Aut quodnam priuilegium militis tale tantúmque eſſe poteſt cuius ratione debeamus id admittere quod implicat contradictionem? Ego verò reſpondeo teſtamenta quidem militum pendere ex inſtitutione heredis vt etiam paganorum, at non ideò pendêre codicillos militares ex teſtamento militari quamuis ſint teſtamentarij, ſed omnia quæ miles in iis diſpoſuerit non aliunde quàm ab ipſius voluntate vires accipere, Poſtquàm placuit Imperatoribus hanc vnam eſſe vltimarum voluntatum militarium legem vt à legibus omnibus ſint ſolutæ. Quomodo enim poſſent codicilli militares etiam teſtamentarij pendêre ex teſtamento cùm fieri non poſſit vt non valeant, ſicut nec vt non valeat teſtamentum dummodò aliquis in eo heres ſcriptus ſit? Et tamen dicuntur teſtamentarij, at non quia pendeant ex teſtamento, vt codicilli teſtamentarij paganorum; ſed quia non poſſunt eſſe ſine teſtamento. Hoc tamen ſemper exigo vt teſtamentum facere miles voluerit, déque eo conſtet ad hoc vt teſtamentum à milite factum dici poſſit, tùm verò maximè cùm talis voluntas eſt quæ alioqui in dubio codicillorum potiùs quàm teſtamenti iure cenſenda eſſet. Sicque accipio quod ſuprà ex Paulo dixi quamlibet voluntatem militis teſtamentum eſſe, Scilicet quam ille teſtamentum eſſe voluerit, non etiam ſi animo id egerit vt faceret codicillos aut quid aliud quod teſtamentum non eſſet, Neque aliter poſito iure dicendum eſſet, non eſſe militi liberum non teſtari, ſi modò aliquid moriens vellet, cùm è contrario non aliam ob cauſam tot ei priuilegia data ſint circa vltimas voluntates quàm vt tantò pleniorem & liberiorem haberet non modò teſtandi ſed etiam quoquo alio modo de bonis ſuis pro arbitrio diſponendi facultatem dum ne teſtamentum faciat ſine heredis inſtitutione. Nam quod idem Paulus ait *in l. vlt. eod. tit. De iur. codicill.* non poſſe intelligi tabulas teſtamenti eas in quibus heres ſcriptus non ſit, in milite non minùs verum eſt quàm in pagano: Alioqui ſanè confunderentur iura teſtamentorum & codicillorum, ſi quemadmodum poteſt miles hereditatem in codicillis directò dare, Ita & poſſet teſtamentum facere ſine heredis inſtitutione. Cæterùm ſi poneres militem nullo facto teſtamento voluiſſe codicillos tantùm facere, ac in iis hereditatem directò dediſſe, Non putarem valituram eam voluntatem, neque iure teſtamenti quoniàm miles non teſtamentum ſed codicillos tantùm facere voluiſſet, neque rurſus iure codicillorum; quamuis voluiſſet miles ita eſſe, quia non in aliis codicillis hereditatem directò dare militi ex priuilegio conceditur, quàm in iis qui ad teſtamentum aliquod facti ſint vt Paulus loquitur *in d. l. militis*, Non poteſt autem miles velle codicillos habere teſtamentarios ſi nullum fecerit teſtamentum, cùm ea res manifeſtiſſimam implicet contradictionem, vt teſtamentum nullum ſit, & tamen codicilli aliqui ſint teſtamentarij: Cur verò non æquè datum eſt priuilegium militi vt poſſit directò hereditatem dare in codicillis etiam ab inteſtato factis, ſi vtrúque is velle ſe dixerit & inteſtatum mori, & nihilominùs directam hereditatem in codicillis dare. Reſpondeo, quoniam æquè hoc implicat contradictionem,

nem vt miles qui heredem aliquem scripsit intestatus decesserit. Quid enim aliud est Testatum mori, quàm heredem scribere? Ita, inquies si in testamẽto heres scriptus sit & ab eo qui animum habuerit testamenti faciendi, non codicillos duntaxat scribendi. Sed hoc ipsum est quod dico, Implicare contradictionem vt quis heredem aliquem scribat, nec tamen velit facere testamentum, vt moriatur intestatus. Hoc enim adiiciendum est vt excludam eũ casum quo heres aliquis scriptus sit à milite in codicillis testamentariis, qui tamen non sint testamentum; vt *in d. l. militis*. Nihil enim repugnat quominùs vtrumque verum sit, Et datam esse hereditatem in codicillis testamentariis, Et codicillos illos in quibus heres directò scriptus sit, non testamentum esse sed codicillos: nimirum quia codicilli testamẽtarij licèt non sint testamentum totáque specie differant à testamento, Attamen testamẽti pars quædam esse intelliguntur *l. penult. D. testam. quemadm. aper. l. ab intestato* 16. *l. Plotiana* 18. *D. de iur. codicill.* Sed repugnat euidentissimè & implicat, vt heres aliquis scribatur in codicillis ab intestato factis, non minùs quàm vt miles decedat testatus in totum simul, & in totum intestatus. Fatcor posse illum decedere testatum & intestatum, sed ita si pro parte testatus sit & pro parte intestatus, Pro parte inquam siue temporis siue bonorum *l. si miles* 6. *l. miles ita* 41. *D. de test. milit.* Sed vt in totum testatus, & in totum intestatus decedat, etiamsi maximè velit fieri certè nullomodo potest. Ergo nec vt hereditatem directam det in codicillis si nullum testamentum fecerit, siue codicillos illos valere tanquam testamentarios velit siue tanquam ab intestato factos. Priore siquidem casu fieri nequit vt valeant quasi testamentarij nullo penitus facto testamento: Posteriore verò codicilli quidem ab intestato fieri possunt etiam à pagano qui nullum testamentum fecit, sed non tales in quibus hereditas directò detur, ne quidem à milite. Non quasi testamentum faciat miles quoque sicut paganus, quoties alicui hereditatem dat directam, Alioqui testamentum dicendum esset non codicilli ij in quibus post testamentum factum hereditatem directò miles dedisset. Sed quia non potest decedere intestatus, qui heredem aliquem directò instituit, Cùm facere testamentum nihil aliud sit quàm heredem aliquem directò scribere. Erit ergo hæc militis voluntas inutilis tanquam pugnantia & contradictoria continens *Ex reg. l. vbi pugnantia* 188. *de regul. iur.* Nisi quis malit dicere quod certè probabilius est adiuuandam eam benigna interpretatione vt valeat eo modo quo valere potest, id est tanquam testamentum, quasi per solam imperitiam militis factum sit vt expresserit velle se codicillos illos valere iure codicillorum siue ex testamento siue ab intestato factorum. Constat enim cæteras inter causas quæ tot militum hac in re priuilegia extorserunt, vnam illam fuisse, quod visum est eorum simplicitati & imperitiæ succurrendum esse *l. 1. D. de testam. milit. l. 3. C. eod. l. impuberi* 40. *D. de admin. tutor.* & apud Iustin. *initio tit. De testam. milit.* quandoquidem magis arma quàm leges scire milites existimantur *l. milites* 31. *C. de locat. l. 1. C. de iur. & fact. ignor.* Et inspecto eo quod præcipuè miles egit, dubitandum non est, quin id animo agitauerit vt heredem haberet illum quem scribebat, & quidem ex testamento potiùs quàm vt codicillos siue testamentarios, siue ab intestato faceret, nec heredem illum haberet. Hoc enim posterius ad corticem duntaxat & figuram verborum pertinet, Prius verò ad rei effectum negotiique substantiam. Nam & plerunque sic euenit per errorem & imperitiam notariorum, vt quasi ex testatoris mente codicil-

lorum nomine donent eam voluntatem, quæ tamen non nisi iure testamenti valere possit: Quo casu nemo dubitat quin testamentum sit, & eo iure defendatur, siue per notarij, siue per testatoris ipsius imperitiam codicilli dicti sint *l. nõ codicillum* 13. vbi nostri notãt *C. de testam. d. l. illud* 13. *§. tractari D. de iure codicill.* Cuius rei elegans exemplum extat in ea specie quam retulimus *Defin.* 1. *Cod. nostro De testam.* Cùm tamen militibus omnibus liceat non tantùm militari sed etiam communi iure testari, quia scilicet priuilegium numquam adimit beneficium iuris communis, non absurda dubitatio est, An quod Paulus ait *in d. l. militis.* Posse militem in codicillis ad testamentum factus hereditatem directò dare, verum sit vtroque casu, id est siue militari, siue communi iure testatus proponatur. Dubitationem illud mouet quòd quoties fiunt codicilli testamentarij, necesse sit eos sequi ius testamenti à quo dependent *d. l. ab intestato in fin.* Vt proinde non videantur posse valere iure militari si testamentum factum sit iure communi. Cui consequens fiet, vt in his codicillis, quos vel iure communi, vel nullo modo valere necesse sit non videatur posse directò dari hereditas, cùm sit illud ex priuilegio militari. Mihi tamen melius cogitanti, contraria sententia longè probabilior videtur. Ratione illa quam adfert Vlpianus *in l. 3 De testam. milit.* quòd miles qui testatur iure communi, non ideò statim credendus sit velle renunciare priuilegio militari, Vnde fit vt si qua ratione testamentum à milite iure communi factum eo iure valere non possit, perinde tamen iure militari defendatur acsi ea mente factum esset, vt illo iure valeret *d. l. 3.* Quidni ergo etiam codicilli ad testamentum hoc ita facti, vt non nisi iure militari valere possint, quòd in iis data sit directò hereditas, valebunt eo iure, acsi testamentum quoque iure militari factum esset? Præsertim cùm illud etiam verissimum sit quod nos suprà monuimus, codicillos militis, licèt testamentarios, non tam à testamento pendere, quàm à nuda militis voluntate. Sufficit enim quòd facti sint à milite qui suo iure sic eos facere potuit, quique licèt iure communi testatus sit potuit tamen codicillos scribere iure militari: adeóque qui etiamsi apertè professus esset se codicillos facere iure communi, non idcirco tamen priuilegio suo renunciasse videretur quominùs valere deberent iure saltem militari, qui iure communi valere non possent. Idque satis apertè Paulus significat *in d. l. militis*, vbi ad hoc vt in codicillis hereditas directò dari possit, nihil aliud exigit nisi vt & à milite & ad testamentum facti sint, non etiam vt iure militari, quamuis certum sit militari tantùm iure posse illos valere. Ex eo autem quod ait huiusmodi codicillis hereditatem directò dari posse, Bene infert si miles dimidiam partem hereditatis alicui his codicillis dederit, testamento scriptum ex asse heredem, non nisi partem dimidiam hereditatis habiturum. Legata verò data eo testamento vtrumque heredem communiter debiturum. Quibus verbis ostendit Paulus, posse quidem ex priuilegio militari hereditatem directam etiam in codicillis dari, sed non totam, quia necessarium est vt in testamento aliquis heres scriptus sit, Ne alioqui nullum videatur factum testamentum à quo testamentarij codicilli dici possint. Absurdum enim esset ita militem fecisse & testamentum & codicillos, vt testamenti iure censeretur ea scriptura in qua heredem nullum, Codicillorum verò illa in qua heredem aliquem scripsisset. Non tamen perpetuum esse credendum est, vt in codicillis militaribus heres scriptus partem dimidiam hereditatis obtinere debeat. Quid enim si miles heredem in testamento

Sempro-

Sempronium scripsisset duntaxat ex besse, tanquam pro triente reliquo intestatus moriturus? Si posteà in codicillis ad testamentum illud factis Mæuium heredem simpliciter scripserit, non dimidiam hereditatis partem habebit Mæuius, sed trientem illum solum qui vacabat, quemadmodum & in vltima cuiuslibet pagani voluntate contingeret *d.l. asse toto 77. D. de hered. inst.* Omnibus enim testatoribus siue militibus, siue paganis commune illud est, vt si plures vltimæ voluntatis species fecerint quæ omnes possint subsistere, omnes pariter sint defendendæ, nec alia aliam vel perimat, vel imminuat, nisi quantū ratio necessitatis cogit nos aliud dicere, vnde est quod placet nō aliud habere illum debere qui secundo loco sine parte scriptus est, quàm quod explendo asse deest *l. item quod Sabinus 17. in pr. eod.* Cur non verò dicimus Sempronium cui miles in testamento hereditatem dederat, saltem besse totius hereditatis habere debere, cùm in codicillis dimidia tantùm pars Mæuio data proponatur, vt scilicet ea seruetur proportio quam videtur testator seruari voluisse, qui Sempronio dimidia parte plus dedit ex hereditate quàm Mæuio. An „quòd testamenta militaria non facilè hanc iuris interpretationem admittant vt testator qui asse expleto alium heredem scribit ad dupondium transisse existimetur? Imò admittunt vt probauimus in superioribus Decad bus. Ideóque non dubito quin æquè Mæuius dimidiam hereditatis partem habiturus esset etiamsi non pro parte dimidia in codicillis, sed simpliciter heres scriptus fuisset, quia tantundem videretur ei datum, quantum Sempronio. Neque hoc dubitationem magnam haberet, sed difficilius illud est, cur tantundem habeat Mæuius quantum Sempronius, cùm Sempronius in testamento heres scriptus est ex toto asse, Mæuius verò in codicillis ex semisse. Nam in pagani testamento in quo esset institutus heres vnus ex asse, alius verò ex semisse, non idem responderetur, Sed in duodeuiginti vncias tota hereditas diuideretur, ex quibus duodecim vncias prior, alius octo ferret *l. interdum 13. § penult. & l. Julianus 15. § 1. eod. tit. D. de hered. inst.* Ratio petenda ex eo est quòd cùm militis voluntas nuda & simplex colligi potest ex verbis quibus ille vsus est, nullus relinquitur locus interpretationi. Nudam enim & simplicem militis voluntatem intuemur, non vt pagani iustam. Quid autem simplicius & apertius, quàm fuisse illam militis voluntatem vt heres ab eo in codicillis scriptus dimidiam haberet partem hereditatis, cùm ei dimidiam partem disertè dederit? Necessariò igitur consequens est vt noluerit penès heredem scriptum in testamento quicquam aliud præter aliam dimidiam remanere. Id enim est quod *in § 1. eiusdem legis* Paulus ait tantum videri militem priori heredi abstulisse, quantum in posteriorem contulit. Etsi enim tractat eo loco de prioribus & posterioribus tabulis, id est de milite qui ex militari priuilegio plura fecerat testamenta, Parum tamen hac parte refert an plures heredes in plūribus testamentis miles scripserit, An verò vnum in testamento, alium verò in codicillis iure militari factis; licèt codicilli illi nōn ideò sint testamentum. Eadémque ratio facit vt dimidiam quoque legatorum partem debeat Mæuius cui pars dimidia hereditatis in codicillis data est, tametsi legata data sint in testamento in quo Sempronius solus fuerat institutus, & de quo solo proinde onerando testator senserat. Quamquam enim nihil à Mæuio legatum fuit, cùm tamen in eum posteà contulerit, testator dimidiam hereditatis

ANTONII FABRI I. C. SEBVSIANI SENATORIS SABAVDIENSIS, ET IN GEBENNENSIS DVCATVS AVDITORIO PRAESIDIS,

DE ERROR. PRAGMAT. ET INTERPR. IVR. *DECAS LXXV.*

ERROR PRIMVS.

De constituto possessorio rei absentis.

MVLTA quidem à nobis disputata sunt in superioribus Decadibus de possessione, præsertim verò de clausula constituti aduersus omnes interpretum omnium opiniones, sed nihil planè quod tam nouum & absurdum videri pragmaticis nostris possit, quàm quod nunc tractandum, probandumq; adgredimur, Si quis alieno nomine constituerit se possidere rem, quam suo nomine possidebat, sed quæ tamen eo tempore non sit præsens, nihil eo cõstituto agi, vt possessio quę penes constituentem fuit in constitutarium transferatur. Nam præter id quod ex tot interpretibus, qui de constituto scripserunt, non reperio quem opinionis huius meæ vel authorem laudare possim, vel assertorem, nec si Andræam Tiraquellum consulam, qui hanc tamen quæstionem attigit *in tract. De iur. constit. possess. part. 2. ampliat. 3.* Euertit hæc nostra propositio maiore ex parte ac ferè omnes cæteras, quas pragmatici nostri pro verissimis habent in praxi, & clausulæ huius adiectionem qua in omnibus omnium contractuum generibus, vix vlla penè alia frequentior, vt plurimùm inanem & inutilẽ reddet. Nam cùm soleant notarij passim adhibere clausulã obligationis bonorum omnium debitoris præsentiũ & futurorum, eiq; subiicere clausulam constituti, adeò vt si quando fortè inconsultò prætermissa sit, non nisi per nimiam notarij imperitiam factum id existimetur, quî fieri obsecro potest, vt bona sua omnia & præsentia & futura in manibus aut ante oculos habeat debitor, cui placeat constituere se bona sua omnia creditoris sui nomine possidere? Est tamen quod siue interpretibus, siue pragmaticis nostris minùs succenseamus, qui veritatem hanc per tot secula ignorauerint, quam nec diffitemur nos in hunc vsque diem ignorasse, Non alia vtique de causa, quàm quòd neque in mentem nobis venit

verúmne an falsum illud esset inquirere, de quo ante nos nemo dubitauerat, aut in controuersiam deduxerat, quin & verissimum & prorsus indubitatum esset. Me verò ad hanc sententiam inuestigandam & inducendam illud primùm excitauit, quod superiore Decade tractaui de differentia pignoris & hypothecæ, quam veteres prudentes nostri præcipuam illam obseruarunt, quòd per pignus transfertur rei obligatæ possessio in creditorem, quæ per hypothecam non transfertur, *lege cùm & sortis* 35. §. 1. *D. de pignoratitia actione*. Nimirum quia pignus re & traditione contrahitur §. *creditor. Institut. quib. mod. re contr. oblig.* hypotheca verò nuda conuentione *lege contrahitur* 4. *D. de pignoribus l. D. de fide instrumentorum*. sic enim mecum tacitus reputabam, Cùm tam multa magnáque sint commoda possessionis vt ad eam siue adipiscendam, siue retinendam, siue recuperandam nihil non facere debeat, quisquis rebus suis prudenter, ac ex prudentum consilio prospicere velit, quis credat futurum vspiam creditorem vllum tam malè cautum, qui si de bonis debitoris sui obligandis cogitet, non malit pignus contrahere, quàm hypothecam? id est rerum obligatarum possessionem sibi acquirere, potiùs quàm dimittere penes debitorem. Quid verò facilius, quàm id assequi beneficio clausulæ constituti, quæ licèt traditio non sit, traditioni tamen æquipolleat quantum ad hoc vt in constitutarium possessio omnis vera & realis, nec ciuilis tantùm, sed etiam naturalis quæcunque penès constituentem fuit transferatur *vulg. l. quod meo* 18. vbi omnes notant *D. de acquirenda possessione*. An fortè ignotior erat antiquis prudentibus nostris potestas clausulæ constituti, quàm sit hodie notariis nostri temporis? aut minùs cognita vtilitas quæsitæ possessionis? Cur ergo, inquiebam, frequentior in prudentum responsis mentio hypothecæ & hypothecariæ? Nisi quòd tandem pignoris appellatio abusiuè ad hypothecam quoque protracta est, cùm ab initio non nisi ad res mobiles pertineret, quarum quippe traditio solet esse facilior, cùm sint in manu. Vnde & pignus dictum esse placet tanquam à pugno. *l. si rem alienam* 9. §. *propriè pignus D. de pignoratitia act. l. plebs est* 238. §. *pignus appellatum De verb. signific.* Cur non quisquis conueniebat de pignore, curabat etiam adhiberi clausulam constituti per quam non hypothecarius, sed pignoratitius possessor efficeretur? Fuit autem hæc apud me ratio tanti momenti vt ex ea primùm coperim colligere, Per clausulam constituti possessionem bonorum absentium acquiri nec olim potuisse, nec hodie posse. Non enim alia veteris moris causa mihi posse afferri videbatur, quàm quòd vt plurimùm eueniret, fieri conuentionem de obligandis rebus absentibus, quarum proinde sicuti traditio sequi nulla poterat, ita neque possessio acquiri aliqua citra traditionem, Earum scilicet rerum quas tradi esset impossibile per naturam, quomodo certè impossibile est præsentem fieri traditionem rei absentis. Quid verò referre poterat, quòd tradi res absentes non possent, si per constituti clausulam quasi æquipollentem traditioni possessio bonorum absentium in constitutarium creditorem transferri iure pignoris potuisset? Nam neque aliam pragmatici & interpretes nostri differentiam agnoscunt inter traditionem & constitutum, nisi quòd traditio, inquiunt, naturalis & verus modus est transferendæ possessionis: Constitutum verò ciuilis modus & fictitius. Cæterùm in eo ferè omnes, certè plerique ac magis communiter consentiunt, vt per constitutum non minùs quàm per traditionem vera realis,

realis,& naturalis poſſeſſio acquiratur,omnis deniq; excepta corporali,quæ non tam vera poſſeſſio,quàm aſinina,vt loquuntur,detentio eſt,& ad quam, cùm ſit meri & nudi facti,iuris fictio pertingere nullo modo poteſt.Et quãuis non defuerint,qui ſenſerint poſſeſſionem quæ per fictitium illum conſtituti modum acquiritur,eſſe quoque fictitiam, cum quibus & Tiraquellus ſentit *dict.part.2.ampliat.1.num.7.in fin.* quaſi per rerum naturã fieri nequeat, vt quod fictum eſt producat verum & proprium effectum, & id quod fictũ eſt,rem det non fictam,Receptior tamen longè imò receptiſſima eſt contraria ſententia eodem Tiraquello teſte:Ideóque omnes illos effectus quos traditioni veræ ius ciuile tribuit,etiam conſtituto tribuere noſtri ſolẽt,quaſi nihil aliud ſit conſtitutum quàm ipſa quoque traditio, ſed ficta. Ex quo rurſum magis moueor,vt putem per conſtitutum rei abſentis nullam penitus poſſeſſionem acquiri poſſe.Cùm enim omnes fateantur,quod & veriſſimum ſanè eſt,tam facilè acquiri ex conſtituto naturalem,realem, & actualẽ, vt vocant,poſſeſſionem,quàm ciuilem,quoties nimirum vtraque eſt penès conſtituentem,conſequens omnino videtur,vt non alio caſu poſſit ficta traditio locum habere,quàm quo etiam vera poſſet. Eſt enim hoc commune omnibus fictionibus iuris,vt ita demum induci debeant,ſi id quod in fictionem venit & ius & naturam recipere poſſit,quomodo de confeſſionibus iudiciarijs ſcriptum eſt in *l.ſi is cuius* 14.*in fin.* iunct. *l. præced. D. de interrog. in iur.fac.l.filio* 23. *D.de liber & poſthum.l.vlt.C.de ſent.paſſ. & reſtit.* Quod cùm ad omnes iuris fictiones pertineat, tùm maximè ad eas quæ circa factum hominis verſantur,in quibus quantò minor poteſtasiuris eſt,tantò maior in ſubiecto fictionis aptitudo requiritur,vt fictio inducatur.Eiuſmodi verò eſt potiſſimùm cauſa poſſeſſionis *l.denique* 19.*D.ex quib.cauſ.maior.l.*1.§. *ſi vir vxori D.de acquir.poſſ.* Atqui per naturam impoſſibile eſt vt realis & actualis poſſeſſio transferatur citra veram traditionem,itémque vt vera & actualis traditio fiat eius rei,quæ non ſit præſens,cùm tradere nihil aliud ſit,quàm de manu in manum dare: Sunt enim alij quidem modi etiam naturales acquirendæ & adprehendendæ poſſeſſionis,puta per occupationem, ſed non transferẽdę:*l.qua ratione* 9.§.*hæ quoque res l traditio* 20.*D.de acquir.rer.domin.* Ergo nec per fictam traditionem,quæ ex conſtituto inducitur,aliter poſſeſſio transferetur quàm ſi eo tempore quo conſtitutum ſit,res præſens inueniatur. Sic dicimus,manumiſſionem per lictores hodie domino etiam tacente expediri ſolere, & verba ſollennia, licèt non dicantur,pro dictis tamen accipi oportere *l. manumiſſio* 23. *D. de manumiß. vindicta.* An verò id ita intelligimus, vt etiam abſente domino ea manumiſſio expediri poſſit? Ita fortaſſe imperitioribus videatur. Ad quid enim præſentiam domini ad loquendum requiramus,cuius nec verba requirimus? Sed tamen non ita eſt.Quia enim verba etiam quæ dicta non ſunt,pro dictis habemus, ſic manumiſſionem fieri neceſſe eſt, vt verba quæ dicta non erunt, dici tamen potuiſſe appareat. Quomodo autem loqui in re præſenti poſſet, qui præſens ipſe non eſſet? Vt ergo termini, quod aiunt, habiles ſupponantur, qui ſemper ſupponendi ſunt, præſentiam domini etiam tacentis exigimus, vt locutus intelligatur, etiamſi tacuerit, quia nec locutus alius intelligi poteſt quàm qui loqui potuit.Similiter igitur dicamus,

Posse fictam quoque traditionem sufficere ad transferendam possessionem, vt puta per constitutum: sed non alio id casu, quàm quo vera traditio interuenire potuerit, adeóque interuenisse intelligatur, quod porrò non aliter fieri potest, quàm si præsens res esse proponatur: quia rem absentem tradere nemo posset, nec maiorem fictionis potestatem in casu ficto esse oportet, quàm sit veritatis in casu vero: vt vel ipso interpretum & pragmaticorum nostrorum brocardico iactari solet. Nisi fortè quis ausit dicere, constituto eam vim inesse vt possessionem transferat, non iure traditionis fictæ, sed proprio sibi modo. Sed non ita est. Alioqui dicendũ esset, non tantùm traditionibus, sed etiã ac potissimùm constitutis, & possessionẽ, & per possessionẽ dominium quoque trãsferri: cùm frequentior hodie apud omnes ferè gentes cõstituti vsus sit, quàm traditionis, maximè verò apud nos & apud Italos, & tamen nusquam constituti mentionem hac parte factam reperias, sed tantùm traditionis vt *in l. traditionibus* 20. *C. de pact. d. l. traditio* 20. *d. l.* 9. §. *ha quoque res. l. nunquam* 31. *D. de acquir. rer. domin.* Nempe quia nec nisi traditionis loco constitutum esse potest tanquam traditio quædam ficta, ad quã proinde necessaria sunt ea omnia quæ ad veram traditionem concurrere oporteret, & consequenter præsentia rei de qua tradenda tractatur.

ERROR SECVNDVS.

De amissione possessionis & eius adprehensione sine tactu.

ATQVE huic nostræ sententiæ ipsa etiam iuris ratio manifestissimè patrocinatur. Etsi enim dubitatum est à quibusdam vtrum solo animo possit amitti aut retineri possessio, verius que est animo tantùm posse illam nõ modò retineri, sed etiam amitti, si ab animo incipiat amissio *ex l.* 3. §. *in amittenda D. de acquir. poss.* quemadmodum & solo corpore interdum amittitur, si possidentis persona talis sit, quæ animum habere non possit aut possidendi, aut definendi possidere, puta si pupillus sine tutoris authoritate desinat corpore possidere *l. possessionem* 29. *eod.* (in aliis enim qui possessionem animo retinere possunt, secus est *l. peregrè* 44. §. *vlt. eod.*) Illud tamen inter omnes constat non nisi & animo & corpore acquiri eam posse *d.* §. *in amittenda & l.* 1. *eiusd. l. & l. quemadmodum* 8. *eo. tit.* siue à pedibus, siue à sedibus dictam velis, cùm neque sedes, neque pedes sint sine corpore *l.* 1. *eod. tit.* Porrò cùm eam rem, quam possideo meo nomine, constituo me tuo nomine possidere, duo ex ordine fieri, & interuenire necesse est ad hoc vt possessio tibi acquiratur. Primùm illud vt desinã ego possidere, quod solo animo assequi facilè possum. Recedit enim à nobis possessio statim atque constituimus nolle possidere *l. si quis vi* 17. §. *differentia eod.* Alterum verò vt te faciã possessorem, aut quod effectu idem est, vt tu per me incipias possidere. Neq; verò existimandum est fieri hæc duo posse in eodem instãti: nec alioquin admitti necesse sit vt in eodem instanti duo simul eandem rem possideãt, cùm nec alius desinere possit possidere, quàm qui adhuc possidet. Prius igitur est ordine

ordine saltem naturæ & intellectus, vt desinam possidere, quàm vt tu incipias. Atquin vbi desij possidere, non potest mea possessio quæ ampliùs nulla est facere te possessorem. Eadem igitur seruanda sunt ad acquirendã tibi possessionem quę seruanda essent si per me possidere velles eam rem quam ego nunquam possedissem: quo casu dubitari non posset, quin non aliter posses incipere possidere, quàm si nunc primùm vel meo, vel tuo corpore possessionem adprehenderes, quam rursum nisi rei præsentis siue meo corpore, siue tuo adprehendere nunquam posses. Igitur præsentia rei omnimodo necessaria est, vt per constitutum possessio quæ penes me fuerat in te transferatur: quia non tam persona mea inspicienda est, quæ anteà possidebat, quàm tua quæ nunc primùm incipit possidere. Nec proinde tam inquirendum illud est quid interuenire sufficiat ad hoc vt possessio amittatur, quàm quid necesse sit concurrere, vt acquiratur. Nam etsi meus venditor à me iussus procuratori meo rem tradere eam tradiderit, non aliter tamen mihi traditam videri placet, quàm si in præsentia sit, vt ex Prisco tractat Paulus *in l.1.§.si inferim eod.tit.* vbi elegantem rationem adfert, quòd non sit necesse possessionem adprehendere corpore & tactu (sic enim legendum est non *actu*, vt vulgò, repetita postrema litera præcedentis dictionis ex more librarij Florentini,) sed etiam oculis & affectu, eiúsque rei argumento esse ait res illas quæ propter magnitudinem ponderis moueri nõ possunt, vt columnas. Nam pro traditis eas haberi si in re præsenti paciscentes consenserint, & similiter vina tradita videri cùm claues cellæ vinariæ emptori traditæ sunt, apud cellam ni mirum vinariam: exemplo eius quod Papinianus scribit *in l. clauibus* 74. *D. de contr. empt.* Clauibus traditis ita mercium in horreis conditarum possessionem traditam videri, non vtique si claues quocunque loco traditę sint, sed si apud horrea, quo facto, inquit, confestim emptor & dominium, & possessionem adipiscitur, etiamsi non aperuerit horrea, quomodo accipiendum etiam est quod Caius scribit *in d.l. quæ ratione* 9. *§. item si quis merces D. de acquir. rer. domin.* Nimirum quia parum refert an res ipsas, de quibus tradendis agitur in suo conspectu & ante oculos habeat is qui possessionem ipsarum adipisci desiderat, an verò horrea in quibus sunt illæ reconditæ: vt proinde non satis verè Frãciscus Hottomanus ex iis locis inferat, non sẽper ad translationem dominij vel possessionis requiri corporalem præsentiam, & ocularem, & naturalem rei traditionem. Quid enim distat, an res in horreis recõditæ oculis contrahentium subiiciantur, an ipsa horrea? Quamquam nec id sufficeret si non etiam claues traderentur, non magis quàm sola clauium traditio si eam non concomitaretur præsentia horreorum. Ex eo sanè inferre potuit non malè, nihil non egisse Iurecõsultos, vt quibuscunque potuerunt modis facilem redderent possessionis acquisitionem, quòd publica commerciorum vtilitas id exigere maximè videretur, violatis etiamsi, quando esset opus, regulis iuris, vt cùm passi sunt per liberam personam, siue procuratoris, siue tutoris aut curatoris acquiri possessionem *l.1.§. per procuratorem D. de acquir. poss.* cùm tamen extra causam possessionis nihil per liberam personam acquiri nobis possit *l.1 C. per quas person. nob. acquir. l. per procuratorem* 8. *C. de acquir. poss. l. solutum* 11. *§. per liberam D. de pignor. act. l. traditio* 20. *§. vlt. D. de acquir. rer. domin.* Vnde intelligimus tantò verius esse quod suprà diximus, non fuisse illos prætermissuros tam facilem & expeditum modum acquirendæ possessionis rerum absentium per clausulã constituti velut in sub-

sidium traditionis, quę nulla eo casu fieri poterat, si vlla iuris arte ac fictione posse id fieri credidisset. Sed fiet illa planiora ex iis quę in seqq. subiiciemus.

ERROR TERTIVS.

De sententia & ratione l. hac si res præsens 47. & l. præced. D. de rei vindicat.

NON posse acquiri possessionē per fictitię traditionis modos, non magis quàm per veram traditionem sine præsentia rei, præter ea quę proximo capite differumus, probatur etiam nec obscurè ni fallor, ex eo quod Paulus scribit in *l. eius rei 46. & sequanti. D. de rei vindicatione.* Eius rei quæ per in rem actionem petita tanti æstimata est, quanti in litem actor iurauerit, dominium quidem statim ad possessorem pertinere, Transegisse siquidem cum eo & decidisse videtur actor, eo precio quod ipse constituit, sed hoc ita demùm si res præsens sit. Si enim sit absens, tunc demùm incipere dominium pertinere ad possessorem, cùm eius rei possessionem nouam nactus erit ex voluntate actoris. Et ideò non esse alienum vt non aliter lis æstimetur à iudice, quàm si cauerit actor, quòd per se non fiat, possessionem eius rei nō traditu iri. Tractat quidem Paulus eo loco de acquisitione dominij quod ab actore eodémque domino transferri necesse est in possessorem vt is ex possessore, & quidem malæ fidei, qualis anteà erat, fiat iustus & verus dominus. Sed tamen habet ea quæstio implicitum tractatum de acquisitione possessionis, quia nisi per possessionem acquiri dominium non solet *l. per procuratorem 8. C. de acquir. poss.* Ideò fortasse, quòd dominia rerū ex naturali possessione cœperint, vt Nerua filius dicebat, probabátque ducto argumēto ab iis rebus quæ terra, mari, cœlóque capiuntur, quæ constat protinus illorum fieri, qui primi possessionem ipsarum adprehenderint *l. 1. in princip. D. eo l.* Possessio autem numquam trāsfertur sine traditione vel vera, vel ficta, cùm traditio nihil aliud sit quàm possessionis datio, ab vno facta in alium, vt partim ex Theophilo, partim *ex l. 3. in princip. D. de act. empt.* diffinit Iacob. Cuiacius *lib. 11. obser. cap. 19. & ex l. si rem tradi 28. D. de verb. oblig.* Non potest igitur tractari de acquisitione dominij in specie *d. l. eius*, qui in de possessionis quoque acquisitione tractandum sit & de traditione aliqua vel vera, vel ficta. Quanquam mirum illud fortasse videri possit, quod cùm eo loco tractet Paulus de transferendo in eum dominio qui iam possessor erat, nouam tamen exigat possessionis apprehēsionem vt dominiū ad possessorem pertineat: quasi verò is qui iam possidet, aut noua possessione indigeat, aut magis possessor fieri possit. Sed facile est videre, possessionem, quæ necessaria est possessori ad acquirendum dominium non illam esse, quæ iam sit penès possessorem siue bonæ fidei illa sit, siue vitiosa, sed eam demum quæ sit penès actorem, & quæ ab actore in reum transferatur. Itaque cùm duo simul possidere in solidum, & eodem tempore non possint, omnino consequens est, vt reus qui rem actoris mobilem per vindicationem petitam per actoris iusiurandum in litem æstimari passus est, licèt eam litis æstimationem præstiterit, non aliter tamen nec priùs fieri dominus possit, quàm ab actore eodémque domino illam ipsam rem per traditionem accepisse videatur. Proinde duplici traditionis

ditionis fictione opus est, Vna per quam fiat, vt domino eidémque victori res sua restituta existimetur, Altera, per quam eadem res actori restituta, rursum ab eo possessori condemnato tradita esse intelligatur. Porrò vt fictio ista vtraque locum habeat, ponendum est necessariò rem præsentem esse, vt Paulus subiicit *in d. l. hac si ea.* Nam si absens sit, nulla traditionis fictio induci potest nec modus vllus alius transferendæ possessionis ad transferendum dominium, etiamsi in eo maximè litigatores consentiant vt dominium transferatur, quippe quod non nisi certis & legitimis modis transferri potest, vt neque possessio. Nullane igitur supererit ratio transferendi dominij in possessorem, qui paruerit iudicato, & litis æstimationem quam ob contumaciam suam inferre iussus est persoluerit? Nulla planè quæ sit in promptu, sed tunc demùm translatum intelligetur dominium in possessorem, cùm is possessionem nactus fuerit ex voluntate actoris. Noua enim illa erit possessio, & quasi ab actore ipso tradita, non vetus continuata, licèt inter veterem & nouam possessionem, neque alia persona, neque alia possessio vlla interuenerit. Nec idcirco mutare sibi possessionis causam possessor videbitur, nam quod scriptum est apud veteres, Neminem sibi posse mutare causam possessionis de eo accipi debet qui corpore, & animo possessioni incumbens hoc solum statuit vt ex alia causa id possideret, Non si quis dimissa possessione prima eiusdem rei denuò ex alia causa possessionem nanciscì velit *l. qui bona fide* 19. §. 1. *D. de acquir. poss.* In proposito autem casu noua subest causa nanciscendæ possessionis, Præstita scilicet litis æstimatio, quæ emptionis loco est *l. 1. & 3. D. pro emptor. l. si seruus* 21. §. 1. *vers. & ideò. in fin. D. de euict.* Cæterùm quemadmodum si rem meam quam tibi vendidi non tradiderim, tu verò authoritate tua non ex mea voluntate possessionem nactus sis, non pro emptore possides sed prædo es, *l. si ex stipulatione* 5. *D. de acquir. poss.* Ita & in ea specie quam tractamus, non sufficit possessori ad acquirendã possessionem rei alienæ quòd litis æstimationem præstiterit, nisi etiam illud cõcurrat, vt eius rei possessionẽ nactus sit ex voluntate actoris, Alioqui quomodo per eam possessionis adprehensionem fieri queat dominus, cùm nec bonæ fidei possessor fiat, qui est prædo? Nec enim iustum titulum adesse sufficit & præcedere, vt iusta possessio sit, si non sit etiam iustè adprehensa *d. l. si ex stipulatione l. miles* 6. §. *qui iudicati. D. de re iudic. l. meminerint* 6. *C. vnde vi.* quomodo è contrario nec sufficit ad acquirendum dominium quòd iusta sit iusteq; acquisita possessio nisi præcedat titulus, qui non modò iustus sit, sed etiam habilis ad dominij translationem inducendam *l. nunquam nuda* 31. *D. de acquir. rer. domin. l. quacunq;* 13. §. 1. *D. de publician. in rem act.* Est autẽ in specie nostra titulus ille habilis qui inducitur ex præstita litis æstimatione, tanquã quę, vt dixi, ex parte actoris instar vẽditionis obtineat, aut si voles, etiam trãsactionis & decisionis. Sic enim Paulus loquitur iis verbis: *trãsegisse enim cũ eo, & decidisse videor eo precio quod ipse cõstituit*, sũpto *trãsactionis* nomine minùs priè & abusiuè pro decisione negotij, nõ pro pacto qđ super dubia lite interpositũ sit, vt & in *l. quid ergo* 13. §. *pen. ff. de his qui not. infam.* & aliis plerisq; locis. Vbi tamẽ manifestũ est, q *videor* legẽdũ esse *videtur*, cùm id verbũ ad actorẽ referatur, de quo in tertia tãtùm persona locut' fuerat Paulus in præcedẽtibus, loquitúrq; in ea ipsa clausola, cùm addit, *quod ipse constituit.* Actor enim qui iurat in litẽ ille est qui preciũ rei suæ cõstituit, nõ reus cõtra quẽ iuratur, *l. nec quasi* 70. *eod. tit. l. 3. l. videamus* 4. *et passi. D. de in litem. l. si cum duo &*

§.1.et l.seq.D.rer.amot. Cùm igitur adsit titulus habilis ad trãsferendũ dominium nihil aliud prætereà requiritur, nisi vt eidem veteri possessori noua iustaq; possessio acquiratur, quod vtique non aliter fieri potest, quàm si traditio aliqua ex parte domini fingatur breui manu interuenisse, quæ ipsa interuenisse videbitur, si modò ex voluntate actoris possessionem eius rei quandoque posteà nanciscatur. Non sufficit vt veterem possessionem dimittat quæ non potuit non esse viciosa, saltem ex die litis contestatæ *l.sed etsi 25.§.si ante D.de petit.hered.* nec vt nouam per se nanciscatur, quod facile posset facere, cùm ponamus & possessorem iam eum esse, & id actum inter ipsum & actorem vt possessor ipse remaneret, sed id omnino exigimus vt possessionem illam nouam ex domini voluntate nanciscatur, quòd alioqui futurum nõ sit vt à domino res ei tradita videatur. *Et ideò*, inquit Paulus, *nõ est alienum non aliter litem æstimari à iudice, quàm si cauerit actor quòd per se non fiat possessionem eius rei non traditurus*, ne scilicet aliter posito iure eueniat, vt in actoris potestate sit, tum quoque cùm litis æstimationem acceperit, impedire ne qui fuerat anteà iniustus possessor, dominus fieri vnquam possit, si fortè consentire nunquam volet, vt eius rei possessionem nouam condemnatus reus adprehendat. Quid verò esset tantoperè de hoc laborandum, si etiam absentis rei possessionem per constitutum transferri posse Paulus noster cum interpretibus existimasset? An nõ erat expeditius vt actor hic iuberetur constituere se possessoris nomine possidere, quàm vt ei cauere cogeretur? Nec enim facilè in eam sententiam prudentes nostri feruntur, vt actorem cauere cogant ei qui ob dolum suum & contumaciam condemnatur *l.& ex diuerso 35. §. pen. l.is qui dolo 69.* iunct. *l.si culpa 63.eod.l.ideoq; 10.D.rer.amot.l.mulier.19.D.qui potior.in pignor.hab.* Quare non de euictione illum cauere vult Paulus, sed tantùm de non faciendo, quò minùs possessionem rei petitæ is, qui condemnatus est, liberè nanciscì quandocunque possit, quoniam id tantùm agit, vt possit per possessionem dominium transferri in possessorem, non vt possessori actor in perpetuum obligetur.

ERROR QVARTVS.

De Accursii & Cuiacij interpretationibus ad d. l. hæc si res.

HÆc quamquam ita sunt, longè tamen aliter locum illum Accursius noster interpretatur. Ait enim *rem præsentem* à Paulo dici non eam quæ sit in præsentia, & in oculis contrahentium, sed quæ sit in potestate emptoris, vt eius restituendæ. Et absentem similiter eam, quæ non sit in potestate, non eam quæ non sit in oculis & conspectu. Quo nomine pridem notatus rectè est à viro doctissimo Iacobo Cuiacio qui *lib 4.Obser.cap.3.* bene docuit Rem præsentem Paulo eam esse quæ in præsentia & in oculis est contrahentium, Quomodo dicimus *in re præsenti vindicare, in re præsenti cognoscere, in rem præsentem venire*, & alia huiusmodi, quæ congerit vir doctissimus, & plura congeri facilè possent, vel ex sola Latini sermonis ratione. Neque de hoc vel Accursius ipse dubitaret, nisi videret tractare Paulum de possessore qui iam rem teneat, in cuius possessoris persona videtur fictam traditionem induci, etiamsi

contra-

contrahentes in re præsenti non consenserint. Nec enim quibus legibus hoc genus traditionis introducitur, in eis rei præsentis verbum vllum, vt supradicto loco ratiocinatur Cuiacius, *ex §. interdum Inst. de rer. diuis. l. si rem 62. in princip. D. de euict. l. siue 9. §. 1. D. de public. in rem act. l. si seruus 21. in fin. D. de acquir. rer. domin.* Neque tamen euoluere se potest vir doctissimus, ab obiectione quam fieri videt *ex d. l. eius 46. & l. seq. De rei vindic.* quamuis dicat ille infirmissimum esse argumentum. Nam quod primùm tentat respondere, loqui eam legem non de possessore sed de eo qui dolo desiit possidere, atque adeò tanti fuit damnatus, quanti actor in litem iurauerat, apertè repugnat verbis legis quæ demonstrant personam possessoris eo loco *dominium statim ad possessorem pertinet.* Quod verò sibi parum constans subiicit secundæ interpretationis vice, loqui equidem Paulum in ea lege de possessore, sed non aliam rei præsentiam exigere quàm vt ab eo possideatur qui litis æstimationem suffert, quòd iureiurando in litem contumacia æquè coerceri possit *l. 1. & 2. D. de in lit. iur. l. 5. §. Iulianus D. ad exhib.* non magis probabile est. Illa enim legis verba similiter repugnant *hæc si res præsens sit,* Nisi pro Cuiacio refugias ad interpretationem Accursianam illam quam ab ipso reprobatam diximus, vt rem præsentem Paulus dixerit non eam quæ sit in oculis & præsentia contrahentiũ sed eam quæ sit in condemnati potestate. Nam quid referre potest an cum Accursio sic loquare, an verò dicas cum Cuiacio *quæ ab eo possideatur?* In potestate siquidem nostra id esse maximè dicitur, quod nos possidemus, nec aliud quicquam est cuius restituendi potestatem veriùs habeamus *l. officium 9. D. de rei vindic.* Debuit igitur vir doctissimus non eandem facere conditionem eorum omnium, qui rem alienam possident cuius dominium subinde ex nuda domini voluntate acquirere sibi velint sine traditione, sed distinguere an rem illam possessor teneat ex anteriore traditione per dominum ipsum facta quamuis alia ex causa, An verò ab alio quàm à domino, vt priore casu rei præsentia non sit necessaria ad dominium possessori acquirendum si dominus eam rem fieri possessoris velit, vt in legibus suprà citatis, Posteriore verò casu necessaria sit præsentia *dict. l. eius.* Sed de tota hac distinctione, eiúsque ratione, quia non inelegans nec insubtilis tractatus videtur, paullò latiùs disserendum nobis est capite sequenti.

ERROR QVINTVS.

De casibus in quibus sine traditione naturali etiam absentis rei proprietas & possessio acquiritur.

CONSTAT inter omnes quod à Caio primùm scriptum est *in l. qua ratione 9. §. interdum D. de acquir. rer. domin.* & à Iustiniano nostro postea iisdem verbis repetitũ *in §. interdum Inst. de rer. diuis.* Interdum etiam sine traditione nudam voluntatem domini sufficere ad rem transferendam, veluti inquit, si rem quam commodaui aut locaui tibi, aut apud te deposui vendidero tibi: quod & aliis pleriſq; iuris nostri locis proditum legimus, vt *in l. sed & si res 7. §. 1. l. sine autem 9. §. 1. D. de public. in rem act. l. certi condictio 9. §. vlt. ff. de reb. cred.*

l. si rem 62 in princip. D. de euict. l. si seruus 21. in fin. D. de acquir rer. domin. Sed de eo non satis constat, quomodo accipiendum illud sit, An ita vt rem quæ pro tradita habetur in præsentia, & ante oculos contrahentium esse necesse sit, quomodo videtur intellexisse Accursius vt locos illos omnes conciliet cum *l. cuius rei 46. & l. seq. D. de rei vindic.* de quarum sentẽtia & ratione scripsimus capite præcedente: An ita vt presentia rei nulla requiratur, cuius nulla sanè iis in locis mẽtio fit, quod magis probat Iacob. Cuiac. *lib. 4. Obseruat. cap. 3.* vt proximè referebamus. Huic tamen posteriori interpretationi obstant ea quæ in superioribus disputauimus de necessitate adhibendæ præsentiæ rerum, de quarum siue vera, siue ficta traditione agatur. Obstat etiam ex diametro Paulus *in d. l. hæc si præsens 47. De rei vindic.* nisi responsio & conciliatio aliqua noua proferatur, quam nec Accursius, nec Cuiacius, nec alius quisquam excogitare adhuc potuerit. Hæsitat enim vterque, & Accursius quidem, cùm ait vel necessariam esse his quoq; casibus præsentiam rei, vel apud Paulum intelligendam esse rem præsentem quæ sit in potestate, quod vtrumque falsum est, quamuis non ideo duplici errore se inuoluant Accursiani, vt malè Cuiacius obiicit, sed alterutro, quia non vtrumque adfirmant, sed vel hoc, vel illud: quasi aliud nihil sit, quod meliùs dici possit. Cuiacius verò æquè titubat, nisi quòd tandem turpiùs labitur cùm aduersùs ipsa legis verba offendit, Paulum intelligens vel de possessore qui non possideat sed dolo desierit possidere, vel de re quam ita præsentem esse oporteat, vt tamen in præsentia non sit, quæ omnia implicant contradictionem. Mihi videtur Bartolus accessisse propiùs ad veritatem, quamuis nec eam iudicio meo bene attigerit. Is enim *ad d. l. certi condictio 9. §. vlt. de reb. cred.* post Dyn. *ad cap. pro possessore de reg. iur. in 6.* distinguit in hunc modum: Quando quis non habet domini voluntatem ad incipiendum sibi possidere non sufficit nuda voluntas sine traditione ex *l. 3. §. si rem D. de acq. poss.* vbi Paulus ait, si rem apud te depositam furti faciendi causa contrectaueris me desinere possidere, sed si eam loco non moueris & inficiandi animum habeas, pleroſque veterum, & post eos Sabinum & Cassium rectè respondisse possessorem me manere quia furtum sine contrectatione fieri non possit, nec animo furtum admittatur. Sed quando is qui rem iam possidet, vel detinet, habet domini voluntatem ad incipiendum sibi possidere, tunc sufficit quòd ipse detineat vel possideat, licèt res non sit in conspectu. Et ita intelligendum esse Vlpianum vult Bart. *in dicta lege certi. §. vltimo.* Quandoque verò quis nullo modo tenebat vel possidebat, & tunc, inquit ille, requiritur traditio vera vel ficta *ex l. cùm res 12. C. de probat. leg. 3. C. de acquir. poss.* quibus possit etiam addere *l. vnic. C. de suffrag.* in illis verbis: *sequatur & traditio corporalis, & rem fuisse completam gesta testentur. Aliter enim ad nouum dominum transire non possunt, neque de vetere iure discedere.* Ex qua Bartoli distinctione videtur colligi posse, sic eum sentire vt quo casu is qui rem alienam tenet iam vel possidet, domini voluntatem habet ad incipiendum sibi possidere, nullà traditione opus sit neque vera, neque ficta ad dominium transferendum, cùm eo demùm casu traditionem aut veram, aut fictam exigat Bart. quo is qui dominium sibi acquirere vult nec possidebat anteà, nec vllo modo detinebat. Hic verò primus hac in quæstione Bartoli error est. Non enim minùs necessaria est ficta traditio ad acquirendum ei dominium qui detinebat adeóque possidebat quidem anteà, sed vel ex nulla, vel ex

alia

alia causa, quàm si eam rem nunquam detinuisset, vel possedisset: cùm prior illa possessio qualiscunque fuerit siue iusta, siue iniusta, necessariò dimittenda sit & amittenda vt eiusdem rei denuò ex alia causa possessor fiat is qui hoc agit vt per possessionem dominium nanciscatur *l. qui bona fide* 19. §. 1. *D. de acquir. poss.* Quemadmodum enim ad translationem dominij non sufficit præcedere iustum titulum, si non etiam possessio transferatur, *l. traditionibus* 20. *C. de pact.* Ita neque potest illud sufficere vt sit possessio penès acquirentem nisi translata sit ex ea ipsa causa ex qua dominium acquiritur, & quæ habilis sit ad dominium transferendum *l. nunquam nuda* 31. *D. de acquir. rer. domin.* Quare nec aliter prudentes nostri loqui solent, cùm hac de re tractant, quàm vt dicant haberi rem pro tradita, vt *in d. l. si rem* 62. *D. de euict.* & pro tradita esse accipiendam *in d. l. siue autem* 9. §. 1. *de public. in rem act.* Quod ipsum, quid aliud est obsecro, quàm traditionem fictam interuenisse? nec est contrarium quod Caius *in d. l. qua ratione* 9. §. *interdum.* & post eum Iustin. *in d. §. interdum. Inst. de rer. diuis.* scribit transferri hoc casu dominium nuda voluntate sine traditione. Id enim de traditione vera & naturali accipiendum est, de qua *in §. per traditionem*, & alibi pass. *eod. tit.* non de traditione ficta, quæ variis ex modis inducitur. Indéque nimirum dubitandi causa nascitur, propter quam iis quoque casibus de quibus *in d. §. interdum* præsentia rei necessaria esse videatur, ad inducendam scilicet potestatem fictæ traditionis, quam necessariam existere negari certè non potest. At neque verum illud est quod vult Bartolus. Cùm quis non habet domini voluntatem ad incipiendum sibi possidere, non sufficere nudam voluntatem sine traditione. Nam cùm deposui apud te, aut commodaui tibi rem meam, quam postea tibi vendidi, non possis dicere nisi eum mendacio, habere te voluntatem meam ad incipiendum possidere tibi. Nec enim tibi rē meam tradidi ea mente vt inciperes eam tibi vel exinde, vel vnquam posteà possidere, sed è contrario potiùs vt eam per te, tuóque corpore possiderem, adeò vt nec possis incipere tibi possidere, si aliud nihil ex mea parte interueniat, quin hoc ipso furtum facias si modò rem illam contrectes *d. §. si rem l. 3. D. de acquir. possess.* In quo longè durior condicio tua est, quàm si vel depositum, vel commodatum nullum præcessisset. Eo siquidem casu incipiendo quidem tibi possidere possessionem meam interuerteres, perindéque faceres vt desinerem possidere, sed fur tamen non esses, neque res furtiua fieret. Non igitur debet condicio tua ob id melior fieri vt nuda mea voluntate citra vllam traditionem possis dominium eius rei tibi acquirere ex subsecuta venditione, quòd voluntatem meam ab initio habueris ad incipiendum tibi possidere. Posséque ratio Bartoli eo demùm casu procedere quo dominus rei suæ possessionem in eum transtulisset cui postea eandem rem vendidisset, puta in creditorem quem constat sibi possidere non debitori præterquàm quod ad causam vsucapionis pertinet *l. serui nomine decima sexta. D. de vsucap. l. 3. §. creditores.* vbi Accurs. *D. vti possidetis.* Denique nec illud verum est quod generaliter nimis vult Bartolus, quando possessor habet domini voluntatem tunc sufficere quòd ipse rem detineat, licèt non sit illa in conspectu. Fieri siquidem facilè potest, vt domini voluntatem aliquam possessor habeat, sed ita tamen vt non idcirco traditio vlla vel vera, vel ficta interuenisse intelligatur: quo casu haud dubiè necessaria est rei præsētia, vt tunc saltē cū posterior eáq; nuda domini volūtas accedit,

traditionis vice esse possit quòd res sit præsens, *vt in d.l.eius 46.& l. seq. D. de rei vindic.* Nec enim sola domini volũtas traditionis vice esse potest, quãuis è contrario neque vera, neque ficta traditio vlla esse possit ad transferẽdum dominium, vel possessionem sine voluntate transferendi *d. l. qua ratione 9.§.interdum. D.de acquir.rer.domin.*

ERROR SEXTVS.

De distinctione quæ adhibenda est, cùm quæritur, An præsentia rei necessaria sit ad transferendam possessionem?

QVID ergo est? Puto distinguendum quidem esse, sed aliter cõcipiendam distinctionem, quàm Bartolus conceperit. Aut enim traditio aliqua siue vera, siue ficta præcessit contractum, ex quo id agitur, vt dominium transferatur, aut nulla. Si nulla præcesserit, vt à posteriore distinctionis parte exordiamur, nõ puto dubitari posse quin necessaria sit præsentia rei non solùm ad translationem dominij, sed etiam ad translationem possessionis: Tametsi ponas millies constituti clausulam interuenisse. Nec minùs cùm is qui dominium acquirere sibi vult, iam possessor est, quàm si nõ esset. Nihil enim refert quod ad hanc rem attinet an nullomodo possideat nec teneat, an verò teneat quidem & possideat, sed ab alio quàm à domino: quod omnium optimè probat Pauli textus *in d.l.eius 46.& seq.* Itémq; quod scriptum est *in l.1. §. si iusserim l.quod meo 18.§.si venditorem D.de acquir.poss.l.claudius D. 74. de contr.empt.* qui omnes loci, & de ficta traditione loquuntur, & rei præsentiam requirunt. Quòd si mille alios iuris locos in contrarium proferas, in quibus æquè de ficta traditione agatur, & tamen nihil de adhibenda rei præsentia exprimatur, vt à negatione argumentando inferas, præsentiam igitur rei necessariam non esse, nihil me id mouebit: dicam enim quod suprà iam monui, præsupponẽdos esse semper terminos habiles, numquam verò tractari posse de traditione siue vera, siue ficta, quin præsentiam rei supponi oporteat, cùm impossibile sit rem absentem tradi. Fictiones autem iuris maximè verò quæ important veritatem, non ad id quod impossibile est accommodandę sunt, sed ad id quod possibile. Alioqui perinde inferas, Posse naturaliter quoque ac verè absentem rem tradi, cùm ex tam multis iuris locis qui de traditione loquuntur, déque dominio per traditionem transferendo, tam pauci sint qui præsentiam rei quasi necessariam requirant, quam tamen necessariam esse omnes etiam qui contra nos sentiunt, fatentur. At si traditio aliqua siue naturalis & vera, siue ficta præcesserit qualiscunque illa sit, hoc est siue nudam corporalem detentionem, siue possessionem veram in accipientem transtulerit, quãuis in aliam causam facta sit, quàm in eam ex qua nunc dominium transferri contrahentes velint, nuda voluntas domini citra vllam traditionem nouam siue veram, siue fictã potest sufficere vt ex noua causa noua possessio, & per nouam possessionem dominium acquiratur. Ideóque nec præsentia rei vlla in eam causam opus est, Exempla sunt illa quæ Caius & Iustin. adferunt in *d.§.interdum*, si rẽ quã commodaui, aut locaui tibi, aut deposui apud te, vendidero tibi. Nam cùm depo-

depositum & cõmodatum re contrahantur,certũ est traditionem in iis contractibus interuenire oportere,Cùm nihil aliud sit re contrahi obligationẽ, quàm contrahi traditione:In locatione autem sicuti dissimile illud est quod solo consensu non etiam re contrahitur,ita & illud simile,quod tacitã quoque traditionem exigit,non vt perficiatur,sed vt ex parte locatoris impleatur,cùm is patientiam fruendi præstare conductori debeat,quæ ipsa patientia nihil nisi tacita traditio est *l.ex conducto* 15.*§.1.l.si fundum* 33.*& pass.D.locat.* iunct.*l.3.ff.de vsufr.l.vlt.ff.de seruit.*His ergo casibus,& aliis qui sunt similes cùm traditio aut vera,aut ficta præcesserit,mirum non est venditionem quæ subsequitur,non indigere noua traditione vt noua possessio in emptorem transferatur.Sufficit enim mutari causam,si non possessionis quæ hoc casu nulla penès commodatarium,aut depositarium,aut conductorem fuisse vnquam intelligitur *d.l.*3.*§.sed etsi is qui ff.de acquir.poss.*Saltem detentionis,vt qui antea rem detinebat tanquam depositarius vel commodatarius vel conductor,exinde incipiat possidere suo nomine tanquam emptor, & ex noua illa causa possessionem nanciscatur,& per possessionem dominium.Quid enim referre potest an possideret anteà vel tantùm rem detineret?cùm etiãsi verè possidebat ob hoc ipsum tamen necesse esset desinere illum possidere,vt ex noua causa possidere inciperet *dict.l.qui bona fide* 19.*§.1.ff.de acquir.poss.*quamuis non sicut dominium,ita & possessionem ex pluribus simul causis habere quis prohibeatur *l.*3.*§.ex plurimis ff.de acquir.poss.* Idem ergo erit si rem meam vendidero creditori cui eam pignori dederam, quíque proinde ex pignoris causa eam possidebat *d.l.serui nomine* 16.*ff.de vsucap.* Nam & hoc casu res pro tradita habebitur *d.l.siue autem* 9.*§.1.de publician.in rem act.* vbi addit Vlpianus,sed etsi traditio præcesserit idem esse dicendum. In quo mirari quis possit,quòd ita loquitur Vlpianus,quasi in superioribus exemplis,cùm quis rem apud se depositam,vel sibi cõmodatam, vel pignori sibi datam emit,traditio nulla præcesserit,quam sanè fatendum est præcessisse cùm omnes ij contractus re perficiantur.Sed huius versiculi non ille sensus est,at hic potiùs vt quamuis nuda traditio præcesserit,id est quæ nullam penitus causam habeat,perindetamen dicendum sit subsecuta causa aliqua rem habendam esse pro tradita ex noua illa causa non minùs quàm si ab initio tradendi causa aliqua interuenisset. Non enim quemadmodum dicimus ex nuda traditione numquam transferri dominium, *d. l. numquam nuda* 31. *de acquir.rer.dom.* Ita possumus dicere nudam traditionem etiam ad transferẽdam possessionem prodesse nihil debere,nullam siquidem causam aliam requirit traditio ad translationem possessionis,quàm factum & volumatẽ tradentis,quia possessio magis facti est, quàm iuris,dominium verò ex contrario meri iuris est non facti. Igitur si cùm nulla tradendi causa subesset rem aliquã tibi tradidero,posteà verò eandem tibi vendidero, exinde habebitur pro tibi tradita vt vel rei vindicationem ciuilem habere possis si mea res fuit,vel Publicianam si aliena dummodò emeris bona fide & quasi meam. Puto amplius, cùm non aliter Publiciana competat, quàm si emptor non minùs traditionis,quàm emptionis tempore bonam fidem habuerit *l.sed etsi* 7.aliàs *l.eum qui §.Iulianus*,aliàs *l.traditionem eod.ill.tit.de public.in rem act.* In proposito tamen casu non tam debere tibi nocere,si veræ & naturalis traditionis tempore fueris in mala,quàm prodesse si bonam fidem habueris eo tempore,quo res incipit haberi pro tibi tradita ex causa emptionis, quia

vt Publiciana competat,hæc duo debent concurrere,vt & bona fide quis emerit,& ei res empta eo nomine sit tradita §.*bonam autem fidem eiusd.leg.* magis igitur attendenda est ficta traditio quæ ex causa secutæ venditionis nunc primùm facta intelligitur,quàm prior illa vera & naturalis, quam ponimus factam fuisse sine causa. An verò his casibus præsentiam rei exigemus,vt res habeatur pro tradita? Minimè verò, quia verum est traditionem aliquando factam esse,& quidem ab eo ipso,qui tradere nunc deberet,si numquam antèa tradidisset. Nec quod noua tradendi causa ex postfacto superuenerit,potest necessitatem inducere nouæ traditionis faciendæ,cùm sufficiat nuda domini voluntas nõ vt pro traditione sit,sed vt traditionis,quæ vel verè,vel fictè præcesserit,causa mutetur. Etsi enim causam possessionis nemo sibi mutare solo animo potest *d.l.qui bona fide* 19. §.1.*de acquir.poss.* quin tamẽ id facere possit ex concurrente alterius cuius interest voluntate nemo ambigit. Animi nãque illud est,magis quàm facti alicuius extrinseci, nec cuiquã vllam eo fit iniuria. Et hoc nimirum est quod apertè Iustinianus scribit *in d.§. interdum* 44.*Inst.de rer.diuis.quamuis enim ex ea causa,inquit tibi rem non tradiderit,eo tamen ipso quòd patitur tuam esse statim tibi acquiritur proprietas,perinde acsi eo nomine tibi tradita fuisset.* Vt intelligamus nudam illam voluntatem domini,quæ patientia est,non ad id prodesse,vt res tradita existimetur, sed vt eo nomine,& ex ea causa nunc primùm tradita esse videatur, id est vt detentionis,vel possessionis causâ mutetur.

ERROR SEPTIMVS.

De eo qui cœpit animo possidere Ad l.certi condictio 9.§. vlt. D.de reb.credit.& ad l.interdum 21.l quarundam 51.D.de acquir.possess.

ESSET illud explicatu difficilius,quod rationis loco adfert Vlpianus *in l.certi condictio 9.§.vlt.* iis verbis,*animo enim cœpit possidere* si nõ ex iis ferè quæ modò diximus,intelligeretur. Quis enim vnquam dixit,posse quem solo animo incipere possidere? Dubitant quidem nõnulli,an solo animo possit amitti possessio,propterea quòd ratio iuris repugnare videatur, at suadere potiùs, vt quemadmodum nulla possessio acquiri nisi animo & corpore potest,ita nulla amittatur nisi in qua vtrumque in contrarium actum sit *l. quemadmodum* 8.*D.de acquir.poss.l.ferè quibuscunque* 153.*de regul.iur.* Sed tamen magis probatur vt animo solo possit amitti,quamuis non acquiri nisi animo & corpore *l.3.§.in amittenda l.peregrè* 44.*§.vlt.D.de acquir.poss.* scilicet cùm amissio incipit ab animo vt in sequentibus dicemus. At posse quem solo animo incipere possidere,nemo vnquam dixit. Difficilior enim est vt cæterarum ferè omnium rerum,ita & possessionis acquisitio,quàm amissio. Quid ergo supradictis verbis sibi vult Vlpianus? Id vnum quod ad finem superioris capitis diximus,quoties traditio aliqua præcessit,per quã factũ sit vt tu rẽ meam vel detinere,vel etiã possidere cœperis,sed ex alia causa,quàm ex qua nũc eã habere velis,posse animum tuũ cum voluntate mea cõiunctũ facere,non vt incipias possidere simpliciter,si nec possideres adhuc rem nec detineres,sed vt possidere incipias ex noua hac causa,ex qua nullo modo antèa possidebas.

Cùm

Cùm enim iam esses corpore in possessione quod adeò meri facti est, vt neque possidendi animum exigat *l.si quis antè 10.§.1.l.quod meo 18.in princip.D. de acq.poss.* nihil aliud tibi deerat ad veram possessionem, nisi vt inciperes habere animum possidendi ex iusta causa, & ex mea voluntate. Id verò euenit cùm depositis apud te decem, posteà permisi tibi vt iis vtereris. Possessio enim quæ per depositum translata in te non fuerat *l.licèt 17.§.rei depositæ.D.depos.* incipit esse tua, statim atque consentimus vt eam pecuniam tu tibi habeas quasi creditam, in cuius scilicet possessione iam es, propter traditionem à me tibi factam ex causa depositi. Quid enim præterea exigere quisquam possit? An vt res tradatur tibi, cuius possessio iam apud te erat priùs etiã quàm tua esset? Neque verò fieri potest etiamsi maximè velimus, vt ea res tibi magis aut iterum tradatur, nisi fortè remedij loco illud inducamus, vt tu prior eam mihi reddas, eandem à me subinde recepturus, Qui circuitus quid aliud adferat, nisi vt per plura fiat id quod non solùm æquè commodè, sed etiam longè commodiùs possit fieri per pauciora? Denique nihil vetat cùm cætera omnia concurrunt quæ necessaria sunt ad possessionem acquirendam, solo excepto animo possidendi, vt incipiat quis animo possidere, Nimirum statim atque animum illum habere potest ex voluntate illius ex cuius facto iam antè cœperit esse in possessione. Quod cùm fit, non tamen solo animo incipit possidere, sed & animo & corpore, cùm iam antè possideret corpore, id est detineret. Id enim propriè est possidere corpore, rem corporaliter detinere; Animo autem possidere nihil aliud, quàm verè possidere. Nam sine animo possidendi detentio esse potest, possessio esse non potest. Adeò autem æstimatur possessio ex animo possidendi, vt quamuis possit quis corporaliter esse in possessione priusquàm animum possidendi gerat, semper tamẽ ab animo incipere dicatur possessio, tùm quoque cùm animũ illum cætera præcedunt omnia. Materiam enim possessioni præbet corporalis detentio, animus verò possidendi formam. Forma porrò illa est quæ dat esse rei, & denominationem. Indéque est quòd licèt corpore quis possidere desierit, animo tamen retinet possessionem, quamdiu retinet animum possidendi, si modò nihil obstét, quominùs corporalem etiam detentationem occupare possit quandocunque. Frustrà siquidem est animus possidendi, qui effectum habere nullum potest, vt puta si quis reuersus à nundinis nõ sit admissus ab eo qui occupauerat interim possessionem *l.clam possidere 6.§.qui ad nundinas l.si id quod 25.§.quod autem l.peregrè 44.§.vlt.D.de acquir.poss.* aut si id quod possidemus ita perdiderimus vt ignoremus vbi sit *d.l.si id quod in princip.* nisi custodiæ causâ fortè recõditum sit in aliquo loco cuius memoria postmodùm non occurrat *vt d.l.peregrè in princip.* Aut denique si mari aut flumine occupatum sit quod anteà possidebamus: Id enim possidere nos desinimus, *l.qui vniuersas 30.§.item quod mari eod. tit.* Cæterùm animo solo retinetur possessio, quamdiu libera est corporalis adprehensio, licèt nõ perinde animo solo acquiratur *d.l.qui vniuersas §.quod per colonum.* Sed & animo solo amittitur possessio, cùm incipit quis animo desinere possidere, licèt maneat in possessione fundi, quia statim atq; cõstituimus nolle possidere desinimus possidere *l.si de vi 17.§.differẽtia eod.* cùm nec videatur quis esse corpore vbi nõ est animo *l.nihil interest 26.ff.de captiu.et postl.* Et rideo cùm interpretes nostros sic loquẽtes audio, vel scribẽtes lego, vt distinguãt an possessionis amisso incipiat à corpore an ab animo, quasi verò possit vllo casu fieri vt amissio possessionis

incipiat à corpore. Quod si ita esset, vtique fateri cogeremur incipere possessionē amittere illum, qui ad nūdinas profectus neminē reliquerit ad custodiēdam & retinendam possessionem suam, Contrà quàm tamen scriptū sit *in d. §. qui ad nundinas*, Quemadmodum & dicendum esset incipere illum possidere qui iure familiaritatis fundum amici ingrederetur, quod tamen non ita est. Nullomodo enim is videtur possidere, id est ne quidem corpore, quia non eo animo est ingressus vt possideat, licèt corpore in fundo sit *l. qui iure familiaritatis* 41. *eod. tit.* soli excipiendi illi sunt, qui non possunt habere animum aut possidendi aut desinendi possidere, vt puta furiosus & infans, & si quæ sunt similes personæ. Nam & infanti soli tradita possessio solo corpore ipsi quæritur, Ne alioqui paullatim illud quoque induci necesse sit vt ne quidem per tutorem possessio infanti acquiri possit, vt ex Papiniano ratiocinatur Imp. *in l. 3. C. de acquir. & retin. poss.* Ideoq; etiam possessionem pupillum sine tutoris authoritate amittere posse placuit, non vt animo sed vt corpore desinat possidere, Quod enim facti est, potest amittere: Alioqui nulla supererit ratio amittendæ per pupillum possessionis cùm eam animo amittere nō possit *l. possessionem* 29. *D. eod.* nō magis quàm furiosus *l. si is qui animo* 27. *eod. tit.* vbi quod de saltibus hybernis æstiuisq; Proculus loquitur, exempli potiùs causa quàm ad cæterarum rerum distinctionem dictum videri debet, cùm idem sit in omnibus prædiis ex quibus non hac mente recedimus, vt omisisse possessionem velimus, quomodo Vlpianus interpretatur *in l. 1. §. quod vulgo* 25. *D. vnde vi & de vi armat.* solet tamen id vulgò dici à cæteris quoq; prudentibus vt à Paulo *in l. 3. §. saltus hibernos D. de acquir. poss.* & à Papiniano *in dict. l. peregrè §. vlt. cum duab. legib. seq. eod.* Ideò fortasse, quòd cùm saltus hyberni æstiuique sint, qui certis statisque temporibus relinquuntur, vt Paulus ait *in d. §. saltus*, nullo vt plurimùm in iis locis relicto seruo vel colono *d. l.* 45. *eod.* viderentur interim illi haberi pro derelictis ad tempus, nisi speciali quodam iure in iis receptum esset vt eorum possessio animo solo retineretur: Ad differentiam cæterorum, quorum possessio sic retinetur animo, vt etiam corpore retineri videatur, licèt possessor recesserit à fundo, cùm habeat animum redeundi quandocunque volet, nullo certi temporis interuallo suspensum. Denique possessio cuiuscunque rei corpore & animo quæsita, solo animo retineri dicitur, non quasi corpore amittatur, Retinetur enim illa ipsa quæ & corpore & animo quæsita fuerat, & quidem tota non ex parte, sed quia solus animus facit, vt etiam corpore per absentem retineri intelligatur. Hæc verò Accursius noster non benè percepit, qui quod scriptum est *in d. §. vlt.* depositarium cœpisse animo pecuniam possidere, ita demū defendi posse putat si pecunia fuerit in conspectu & præsentia contrahentium, vt non tantùm animus possidendi sed etiam ficta traditio interuenisse videatur. Quæ interpretatio verbis Vlpiani nullomodo conuenit in quibus nihil est quod præsentiæ necessitatem aut exigat aut præseferat. Nec rursus ratio iuris hanc adiuuat interpretationem. Cùm enim ponat Vlpianus præcessisse depositum cuius obligatio non nisi re & traditione contrahitur, nulla traditionis fictione opus est vbi adest vera & naturalis detentio, nec proinde quicquam causæ cur rei præsentiam requiramus quam lex nunquam exigit nisi ad fictam traditionem inducendam. Illud certè verum est, nullam in ea specie possessionem penes depositarium fuisse ante cōuersam causam depositi in causam mutui, quia depositarius nullomodo possidet *l. 3. §. sed si is qui D. de acquir. poss.*

Digitized by Google

poß. Ob idq; tantò magis dici poteſt cœpiſſe hunc depoſitarium exinde animo poſſidere,qui anteà non poſſidebat,ſed quamuis poſſediſſet, fortè ſi non depoſitarius ſed creditor fuiſſet,idem tamen adhuc dici poſſet, cœpiſſe illum animo poſſidere cùm rem ſibi datam pignori cœpiſſet iure emptionis poſſidere,(non enim de pecunia,ſed de ſpecie tractandum eſt,cùm ponimus cauſam crediti conuerſam eſſe in cauſam emptionis)quia nihil refert an qui nũc ex noua cauſa poſſidere incipit, anteà nunquam poſſederit, an ex alia cauſa poſſederit,cùm neceſſe ſit tùm quoque cùm poſſedit deſinere illum poſſidere ex priore cauſa, vt incipiat poſſidere ex noua illa ex qua dominium ſibi vult acquirere.

ERROR OCTAVVS.

De ſententia l.interdum 21.& l.quarundam 51.D.de acquir.poß.

EODEM pertinet,ſed mirum tamen magis illud eſt,quod Iauolenus ſcribit *in l.interdum 21.eod.tit. De acquir. poß.* Interdum eius quoque rei poſſeſſionem cuius ipſi non habemus, alij tradere nos poſſe, Veluti, inquit, cùm is qui pro herede rem poſſidebat,antequàm dominus fieret,precariò ab herede eam rogauit. Nimirum quia per rogationem precarij is qui rogat cùm iam rem teneat nanciſcitur poſſeſſionem ex illa cauſa precarij *l. 4. §. 1.l. & habet 15.§.eum qui.l.vlt.D.de precar.* ſed ita tamen vt etiam is qui precario conceſſit poſſideat,quia non diſceſſit animo de poſſeſſione *d.§.eum qui*,cùm precarij rogatio non in hoc interponatur vt debitor poſſeſſionem ſolus habeat, ſed tantùm vt ei corpore tenere rẽ liceat *l.non ſolùm 33.§.vlt.D.de vſucap.* Nõ poteſt autem corpore quis rem tenere ab alio,quin alius ille hoc ipſo poſſideat, cùm poſſidendi animum ſuum ſatis declaret concedendo precariam duntaxat poſſeſſionem. Itaque ſicut is qui iam corporaliter rem tenet ſiue tanquam verus licèt iniuſtus poſſeſſor, ſiue tanquam nudus detentor, nulla traditione indiget vt vel mutata,vel acquiſita poſſeſſionis cauſa incipiat poſſidere precariò,ſufficiente in eam rem nuda voluntate concedentis, Ita neque is qui precariò conceſſit vlla eget traditione,aut traditionis fictione, vt poſſeſſionem quam nondum habuerat,per detentoris perſonã ſolámq; precarij rogationem nanciſcatur,breui manu, Perinde acſi longiore manu poſſeſſionem accepiſſet à detentore,eandémque poſtcà eidem precariò conceſſiſſet.Sic fit vt eadem precarij rogatio proſit non ſolùm ad mutandam poſſeſſionis cauſam, ſed etiam ad acquirendam precariam, faciendúmque eodem inſtanti poſſeſſorem illum qui precariò conceſſit, quamuis non anteà poſſideret:quoniam hæc omnia ſe inuicem conſequuntur:& quorum tamen omniũ nihil verè diceretur,ſi poneres precariò rogaſſe eũ,qui anteà nec poſſideret,nec detineret. Neq; magis hoc caſu quàm ſuperioribus præſentia rei neceſſaria eſt, ad fictã traditionem inducendã,vt poſſeſſor fiat is qui rẽ iam detinet,aut vt poſſeſſorem faciat eum quem precariò rogauit. At neq; illud requirimus,vt corporalem illam poſſeſſionem,quæ precarij rogationẽ præceſſerit neceſſe ſit habitam fuiſſe ab eo qui precario rogatur vt *in l. eius rei 46.& ſeq.D.de rei vindic.* quia nimirum tranſlatio poſſeſſionis hoc caſu ita

fit in concedentem vt tamen eodem instanti recurrat precaria ad rogantem qui iam possessor, aut detentor inuenitur, nec nisi nouam possessionis causam nanciscitur, per precarium. Longè alia ratio est illius qui cùm iam possideat suo nomine, constituit se alieno possidere. In huius enim persona non tractamus de faciendo illo possessore, quem ponimus iam esse possessorem, sed qua ratione possit per solum constitutum facere possessorem alium qui nec possidet vllo modo, nec detinet: Hoc verò est quod nos negamus aliter fieri posse quàm si res in præsentia sit, & in conspectu, vt traditio aliqua saltem ficta interuenisse videatur, quæ hoc sanè casu omnino necessaria est vt possessio in eum transferatur, qui cùm ne quidem suo animo possit incipere possidere, sed corporis ministerio indigeat ad acquirendam possessionem, multò minùs potest incipere possidere animo solo constituentis, Quem vtique satis est posse animo suo desinere possidere rem quoq; absentem, quod necessariò præcedere debet vt in alium possessio transferri possit. Sed non ideò statim consequens est vt hoc ipso translata possessio intelligatur, quia sicuti plus est ita difficilius possessionẽ acquirere quàm amittere: nec quemadmodum solo animo amitti, ita & solo animo acquiri ea potest, si non etiã corporis traditio vel vera, vel ficta interueniat, quæ porrò interuenire nulla queat rei absentis. Planè quarundam rerum possessionem animo posse nos adipisci Labeo dicebat, veluti si aceruum lignorũ emero, & cũ venditor tollere me iusserit, nam simul atq; custodiã posuissem traditũ mihi videri. Idẽq; iuris esse vino vendito cùm vniuersæ amphoræ vini simul essent. Sed in eo vt in plerisq; aliis bene reprehensus fuit Labeo à Iauoleno: cùm hæc ipsa custodiæ appositio nihil nisi corporis traditio sit, quandoquidem nihil interest vtrum mihi, an & cuilibet iussu im custodia tradatur, vt ex Iauoleno scriptũ est *in l. quarundam* 51. *D. eod. tit. De acq. poß* vbi addit ille, putare se hanc quæstionem in eo consistere, an etiamsi corpore aceruus, aut amphoræ adprehẽsæ nõ sint nihilominùs traditæ videantur. Concludit autẽ nihil videri interesse vtrũ ego ipse aceruũ, an quis alius mãdato meo custodiat, Vtrobiq; enim animi quodam genere possessionẽ æstimandã esse; Id est certo modo videri quidem animo possessionẽ hanc acquiri sed nõ animo solo, verùm etiã quodãmodo corpore, cùm aliqua corporis traditio interuenisse intelligatur. De illo certè dubitare nemo possit, quin rei prẽsentiam & cõspectũ in ea specie Labeo quoq; ipse exegerit, ad acquirendã mihi solo animo possessionẽ. Nec enim absenti rei custodia poni posset, Vt intelligamus Labeonem licèt in ea specie dissenserit à prudẽtibus, vt credibile est, cæteris, nõ minùs quàm à Iauoleno, nõ aliter tamẽ putasse acquiri posse solo animo possessionẽ, quàm si res præsens & in conspectu esset. Quidni ergo idẽ admittamus, quoties tractatur de trãs ferenda per cõstituti clausulã possessione, Cùm interpretes omnes cõsentiãt habendum esse cõstitutũ pro ficta rei traditione? Illud quoq; sentẽtiæ nostræ satis cõuenit, quod Vlpianus noster *in l. quædã mulier* 77. *ff. de rei vindic.* tractãs de muliere quæ Titio nõ marito donauerat fundũ per epistolã & eundẽ fundũ ab eo cõduxerat, Ait posse quidẽ defendi actionẽ in rem ei cõpetere, quasi per ipsam adquisierit possessionẽ, veluti per colonam. Sed cùm proponeretur quòd etiã in eo agro qui donabatur fuisset, cùm epistola emitteretur, *hæc res sufficiebat*, inquit, *ad traditã possessionẽ, licèt conductio nõ interuenisset*. Quibus verbis an nõ apertissimè Vlpianus requirit prẽsentiã rei ad hoc vt ficta traditio interuenisse existimetur? Alioquin, quid obstaret, rogo, quo-

quominùs etiam per epistolam se quis constitueret alieno nomine possidere, si ea res ex solo constituẽtis animo penderet? Et verò solent interpretes nostri eam legem intelligere de donatrice muliere quę constituerit se possidere nomine donatarij: Neque tamen negare possunt quin prędentia rei exigatur vt possessio in donatarium translata intelligatur, nisi cùm aliqua fundi donati conductio intercesserit. Sed tamen hinc quoque noui erroris materiam & occasionẽ iidem sumunt interpretes existimantes solam rei prędentiã pro traditione sufficere, idq; probari *ex d. l. quedã mulier.* Quod quàm falsũ & ab Vlpiani sententia nõ minùs quàm à iuris ratione alienũ sit, dispiciendum est.

ERROR NONVS.

De præsentia rei pro traditione, Ad l. 1. §. si iusserim & l. quod meo 18. §. si venditorem D. de acq. poss.

NOn habet Andræas Tiraquellus in eo quem suprà citauimus loco *part. 2. De iur. constit. poss. ampl. 3.* rationem meliorem at neq; aliam vllam qua probet, Transferri possessionem per clausulam constituti etiamsi res præsens non sit, Quàm quòd sola rei præsentia interueniens in contractu possit sufficere ad transferẽdam possessionem, & haberi pro traditione, tametsi clausula constituti nulla interueniat cuius proinde adiectio semper eo casu inutilis, & superuacua inueniretur. Itaq; duos ille modos esse ait, trãsferendę possessionis sine traditione, Prędentiam rei absque constituto, Et Clausulã constituti sine præsentia rei. Id verò ita esse vt sola rei præsentia etiam sine constituto pro traditione esse possit & debeat, rectè probari putat ex aliquibus iuris locis, maximè verò *ex l. 1. §. si iusserim. & l. quod meo 18. §. si venditorem D. de acquir. poss l. quædam mulier 77. D. de rei vindic.* De quibus singulis nunc videamus, vt ex vera omnium interpretatione appareat nullum iuris locum, nullamq; rationem opinioni hac de re nostræ repugnare. In *d. l. 1. §. si iusserim.* Paulus scribit, Si iusserim venditorem meum procuratori meo rem tradere quam emi, cùm ea in præsentia sit, videri eam mihi traditam, idémque esse si nummos debitorem meum iusserim alij dare. Non est enim corpore, inquit, & tactu (quomodo legendum esse iam suprà monuimus) necesse adprehendere possessionem, sed etiam oculis & adfectu. An ergo solam rei præsentiam sufficere vult Paulus vt res mihi tradita videatur? Imò verò exigit præterea, vt iusserim te qui rem illam mihi vendideras, eam tradere meo procuratori, cùm tu eam tradere mihi velles. Amplius dico, illud etiã exigẽdum esse, vt res verè tradita sit meo procuratori, nec sufficere vt iusserim te illam tradere, vtq; animum tradẽdi habeas etiã in re præsenti. Nec enim sola illa tradendi voluntas ex parte tua posset sufficere vt desineres possidere, multò minùs verò vt me faceres possessorẽ. Isq; haud dubiè sensus est eorũ verborum, *si iusserim venditorem procuratori rem tradere*; acsi scriptum esset *si iussu meo venditor procuratori rem tradiderit* quia solus tradendi iussus etiã in re præsenti pro traditione esse non potest si factum nullum interueniat ex parte illius à quo traditionem fieri oportet. Nihilne ergo, inquies?

iussus ille proderit? Nihilne præsentia rei? Nam etsi neque iussus vllus, neque præsentia rei interueniret, æquè tamen mihi traditum videretur quod procuratori meo traditum esset, cùm vtilitatis causâ receptum sit vt etiam per procuratorem possessio acquiratur *d.l.1.§.per procuratorem l.1.C.per quas pers. nob.acquir.l.per procuratorem 8.C. de acquir. poss.* Respondeo non illud Paulum dicere *in d.§.si iusserim*, Possessionem mihi acquisitam videri quæ procuratori meo tradita sit, quod minorem certè haberet dubitationem. *sed videri rem mihi traditam*, inter quas loquendi formulas multùm interest. Nã cùm res procuratori meo sic traditur vt ei magis quàm mihi tradita videatur, id est vt non nisi per mediam eius personam translatio possessionis in me facta videri possit, adhibenda distinctio est, qua mente procurator nactus sit possessionem, an ea mente vt operam duntaxat suam mihi accommodaret, an potiùs vt suo nomine possessionem nanciscereturr. Hoc siquidem posteriore casu certum est non acquiri nobis possessionem per procuratorem, sed ita demum si eam accipiat nostro nomine vt disertè scribit Paulus *in d.§.per procuratorem*, qui eum de cuius sententia tractamus immediatè præcedit. At cùm possessio sic procuratori meo tradita est vt mihi magis quàm procuratori meo tradita videatur, non distinguimus qua mente procurator meus possessionem acceperit, & meóne nomine an suo, quia mihi omnimodo quæsita intelligitur, nec tam quasi per meum procuratorẽ, quàm quasi per me ipsum. Id verò euenit, cùm iussu meo res quæ in præsentia mea erat tradita fuit meo procuratori, quam idcirco ait Paulus mihi traditam videri, subiecta ea sententia statim post *d.§.per procuratorem*, vt ostenderet nõ posse in hac specie locum esse distinctioni quæ ponitur in §.præcedẽte. Requirit autem iussum meum, vt procurator meus constituatur is cui res tradetur: quia non quisquis meo nomine possessionem accipit eam mihi acquirit, sed is demum qui accipit tanquam procurator meus: adeò vt nec si meus procurator sua sponte rem aliquam emerit, mihi tamen priùs acquirat possessionem, quàm ratam emptionem habuero *l.communis 42.§.1. D.eo. tit.de acquir.poss.* Requirit etiam rei præsentiam, non vt possessio mihi acquiratur quasi re mihi tradita si eam procurator meus nomine meo acceperit, (idẽ enim iuris esset etiamsi me absẽte traditio procuratori meo facta proponeretur) Sed vt etiamsi procurator meus suo non meo nomine rem accipere maluerit, perinde tamen acquiratur mihi possessio acsi tradita mihi res esset. Cæterùm non potest rei præsentia facere quin traditio necessaria sit ad possessionem transferendam: nec paruus effectus est præsentiæ rei vt possessionis acquisitionem in mea persona certam faciat, quæ alioquin ex procuratoris mei animo & voluntate pendẽret. Hoc verò cur ita? nisi quia, vt lex ait, non est necesse corpore & tactu adprehendere possessionem, sed sufficit etiam oculis & adfectu. Alioqui non posset videri res mihi tradita, quam nõ ego adprehendissem corpore, sed procurator tantùm meus, si non sufficeret oculis adprehendisse: quæ si posset etiam tradi oculis, nihil sanè præterea requireretur. Sed cùm factum aliquod tradentis traditio exigat, nec possint oculi soli in eã rẽ sufficere, illud saltẽ interuenire oportet, vt qui rem tradere vult, eã demõstrãdo præsẽtẽ dicat se tradere. Quo facto vtiq; habẽda est possessio pro tradita, ne aliter posito iure fatendũ sit nullã supereſſe rationẽ tradẽdi eas res, quę propter magnitudinẽ põderis tractari manibus, & moueri nõ possũt, vt colũnas, quas tamẽ pro traditis haberi cõstat si cõtrahẽtes in re

præsenti

præsenti consenserint, vt pro traditis habeantur: quomodo scriptum est *in d. §. si iusserim.* Idémque probatur etiam ex *d. l. quod meo* 18. *§. si venditorem eod.* vbi Celsus scribit, Si venditorem id quod emerim deponere in mea domo iusserim, certum esse me possidere, quamquam id nemo dum attigerit, hoc est neque ego, neque alius meo nomine, Aut si mihi fundum vicinum mercato venditor in mea turre demonstret vacuámque se possessionem tradere dicat: Non minùs enim possidere cœpi, inquit, quàm si pedem finibus intulissem Cui non dissimiliter Iauolenus *in l. pecuniam* 79. *D. de solut.* ait, si pecuniam quam mihi debes aut aliam rem in conspectu meo ponere te iubeam, effici vt & tu statim libereris, & res illa vel pecunia mea esse incipiat. Nā tùm quòd à nullo corporaliter eius rei possessio detineretur, acquisitam eam mihi & quodammodo longa manu traditam existimandam esse. Quæ ratio ostendit cum gerendæ rei ordinem esse debere, vt priùs desinat possidere is qui anteà possidebat, nec aliter possessionem longa manu in alium transferre possit, quàm si ponat rem in conspectu, quæ positio quid aliud, quàm veluti quædam traditio est? Nam & depositum quod non nisi re ac traditione perficitur à positione ob eam causam dictum volunt, *l. 1. D. depos.* & possessionem quoque ipsam à pedum positione *d. l. 1. in princip. D. de acquir. poss.* Obseruandum tamen est inter eos casus, quos Celsus tractat *in d. §. si venditorem*, permultùm interesse. Nam in priore, id est, cùm venditorē id quod emerim iussi deponere in domo mea, minorem dubitationē res habet, quin possessio translata sit per depositionē illam quę vt dixi nihil nisi traditio est. Quid enim referre potest an in manibus meis, an verò in mea domo res iussu meo deponatur? Sed in posteriore in quo nulla traditio alia interuenit nisi quòd venditor dicit se tradere difficilius est, vt nudo verbo traditio facta esse videatur. Et sanè ita est, non possunt verba sufficere ad traditionem, vt neque vbi aliàs facto opus est: sed accedente ad verba rei præsentia, mirum nō est traditionem re ipsa factam videri ei qui oculis quoque nō minùs quàm manibus possessionem adprehendere potuit, & hoc ipso quòd consensit dicenti se tradere rem oculis subiectam, adprehendisse illam intelligitur. Maximè verò eo etiā concurrente, vt in mea turre mecū sit is qui vicinū fundū quem ab eo emi demonstrat mihi. Nam si in alieno fundo essem & in aliena turre, difficilius esset vt fundus mihi traditus videretur etiam quē inde venditor indicasset, adeò verum est quod volumus, solam rei præsentiam quę in contractu interuenerit, si aliud nihil accedat, pro traditione haberi nō posse.

ERROR DECIMVS.

De sententia l. quædam mulier 77. *D. de rei vindic. Et de differentia venditionis & donationis. Ad l. absenti* 10. *l. ex hac scriptura* 16. *D. de donat.*

ILLA obiectio difficilior est, quam fieri posse diximus *ex l. quædam mulier* 77. *D. de rei vindic.* in cuius posteriore parte nihil aliud exigere videtur Vlpianus ad inducendam fictionem traditæ possessionis, quàm vt mulier quæ per epistolam agrum donabat in eo agro tùm esset, cùm epistola emitteretur. Vnde & Bartolus noster ad illum locum infert, quòd quando contractus venditio-

nis fit in ipso fundo præsumitur tradita possessio. Sed respondendū est quod nec Bartolus, nec alius fortè quisquam adhuc vidit de donatione loqui eo loco Vlpianum non de venditione: plurimùm verò hac parte inter venditionem & donationem interesse: Donatio enim nō nudo consensu fiebat olim, vt venditio, sed altero tantùm ex duobus modis, aut stipulatione, aut traditione *l. Papinianus* 23. vbi not. *D. de don. int. vir. & vxor.* Atqui stipulationē certum erat fieri non posse per epistolam vt nec alio vllo modo inter absentes *l. 1. D. de verb. oblig.* Ergo quoties in Pandectis legimus factam donationem per epistolam ponendum est factam esse per traditionem. Et sanè ita est. Nam absenti siue mittas qui ferat, siue quod ipse habeat sibi habere illū iubeas donari rectè potest *l. absenti* 10. *D. de donat.* vbi addit Paulus, si donatarius nesciat rem quæ apud se est, sibi donatam esse, vel missam sibi non acceperit donatæ rei dominum eum non fieri, etiamsi per seruum eius cui donabatur missa fuerit, nisi ea mente seruo eius data fuerit vt statim eius fiat. Ex quo apparet, eum qui per epistolam dicit se donare perinde habendum ac si diceret se rem tradere, Ideóque minùs esse mirandum si ex eiusmodi epistola traditio facta esse intelligatur, dummodò in eo ipso agro fuerit donator tùm cùm epistolam conscribebat. Hoc enim omnimodo exigitur vt ficta traditio respōdeat veræ, quia rei absentis vera traditio fieri nullo modo posset, nec igitur ficta, secundùm ea quæ in superioribus disputauimus. In venditione non idem iuris est, quia cùm venditio solo consensu perficiatur, non qui dicit se vendere hoc etiam dicere intelligitur, quòd rem tradat: cùm is qui vendidit hoc ipso sit obligatus ad tradendum *l. 1. l. 3. l. ex empto* 11. *& pass. D. de actionem. empt. l. si traditio* 4. *C. eod.* Itaque quamuis vendat in præsentia, & conspectu rei, non idcircotamen tradere rem intelligitur, multò minùs verò sine traditione possessionem transferre. Proinde quod de donatione rei præsentis facta per epistolam scriptum est *in d. l. quædam mulier*, non potest nec debet ad venditionem produci. Nec sanè potest Bartolus negare quin non satis bona sit in omnibus comparatio donationis & venditionis. Ait enim Vlpiani sententiam planè ac sine dubio procedere in donatione, at nō æquè in venditione nisi cum distinctione illa si solutum sit precium. *ex l. quod vendidi* 19. *D. de contr. empt.* In quo tamen rursum fallitur. Nam distinctio ista, vtrum venditionis precium solutum sit, necne ad eam quæstionem pertinet quæ sit de translatione dominij, non ad eam, quæ de translatione possessionis, cùm ad possessionis translationem sola sufficiat traditio, nec quemadmodum fere semper dominium cum possessione & per possessionem transfertur, ita è contrario necesse sit transferri dominium ad transferendam possessionem. Pone igitur venditam rem traditā fuisse emptori, priùs tamen quàm vel solutum esset ab emptore precium, vel fides habita de precio à venditore. Erit haud dubiè translata possessio in emptorem, at non etiam dominiū *§. venditæ inst. de rer. diuis.* iunct. *d. l. quod vendidi & l. vt res* 53. *eod. tit. de contr. empt.* Difficilius enim est vt ex venditione transferatur dominiū, quàm possessio, idque ex lege ipsa duodecim tabularum factum est vt Iustinianus refert *in d. §. venditæ.* At ex causa donationis quæ per traditionem facta sit, tam facilis est translatio dominij quàm possessionis: Adeò vt etiam ex hac scriptura, *sciant heredes mei me vestem vniuersam ac res cæteras quascunque in diem mortis meæ mecum habui, illi & illi libertis meis viuam donasse*, dominium ad libertos benigna interpretatione pertinere Vlpianus responderit *in l. ex hac*

scriptura

BIBLIOTECA N. ROMA

ſcriptura 16. *D. de donat.* Cur verò benigna interpretatione? Quia nõ per verbum præſentis temporis donatio facta proponebatur, quomodo fieri eam oportet *l. Aquilius Regulus* 27. *l. Lucius* 32. *eod. d. l. quædam mulier.* Sed per verba enunciatiua tantùm factæ iam donationis, cuiuſmodi verborum maior poteſtas eſſe ſolet ad probandum contractum quàm ad contrahendum, præſertim cùm talis contractus eſt, quem re ac traditione perfici oporteat *l. Publia* 26. *§. vlt. D. depoſit.* Cùm igitur hodie poſt Iuſtiniani conſtitutionem in *l. ſiquis argentum* 35. *§. vlt. C. de donat.* donatio nudo conſenſu perficiatur ſicut & venditio, adeóque quod magis eſt nudo pacto, quinetiam nuda pollicitatione, dubitari eleganter poteſt, An quod ſcriptum eſt *in d. l. quædam mulier.* videri traditum fundum qui per epiſtolam donatus fuit ſi donator in eo fundo erat, cùm epiſtola emitteretur, perinde locũ hodie habeat, ſicut habebat olim, An potiùs dicendum ſit non magis hodie in donatione id verum eſſe, quàm olim fuerit in venditione: Sed cùm Iuſtiniani mens illa fuerit, vt donationum ius augeret non vt reſtringeret, abſurdum credo, fuerit, & contra ipſius voluntatem vt donatarius ob id minùs hodie iuris habeat, quàm habuerat olim in ſpecie *d. l. quædam mulier.* Nam & traditione non minùs hodie quàm olim fieri poteſt donatio, licèt poſſit fieri etiam citra vllam traditionem. Proinde qui dicit ſe donare ſi rem præſentem habeat quam poſſit vel præſenti tradere, vel mittere abſenti, quidni etiam hoc ipſo tradere credendus erit? Atqui rem præſentem habet, qui eſt in agro donato, cùm epiſtolam donationis emittit. Hoc ipſo igitur credendus eſt agrum tradere per traditionem epiſtolæ quæ mittitur abſenti, vt ſit epiſtola ſymbolum quoddam traditionis fundi, perinde acſi præſenti glebula terræ traderetur: cùm non niſi hoc modo conferri donatio per traditionem in abſentẽ poſſit *d. l. abſenti* 10. *D. de donat.* ita ſcilicet vt non habeat tamen donator animũ priùs amittendæ poſſeſſionis quàm donatarius certior factus fuerit arg. *l. qui abſenti* 38. *D. de acquir. poſſ.*

Gloria tota Deo, qui hæc nobis otia fecit.

FINIS TERTIAE PARTIS.

BIBLIOTECA NAZ. ROMA

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google